

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO DA SILVA

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
– A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

TESE DE DOUTORADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E CIDADANIA

Rio de Janeiro

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RESUMO

A teoria constitucional contemporânea se assenta na defesa da democracia, buscando fornecer condições para que esta se possa realizar, ao mesmo tempo em que, numa relação complementar, as teorias democráticas se ocupam em justificar as Constituições e lhes garantir legitimidade, em um processo contínuo de retro-alimentação. Neste sentido, busca-se afirmar a soberania constitucional como resultado de uma atividade dinâmica, realizada no dia-a-dia da aplicação dos comandos constitucionais aos problemas cotidianos, com o que se reafirma, a cada instante, seu papel de centralidade na ordem jurídica. Semelhantes idéias permitem identificar na prática constitucional seus fundamentos de legitimidade, que emergem tanto no seio da sociedade quanto em espaços institucionais capazes de propiciar a participação dos indivíduos na construção da sociedade política. Voltando os olhos para os mecanismos estatais postos à disposição deste ideal, constata-se a enorme ênfase assumida pela jurisdição constitucional, junto à qual se consolida mais e mais a tarefa de conferir eficácia aos dispositivos constitucionais, na medida em que se coloca como receptáculo de reclamos sociais por proteção e efetivação de direitos fundamentais. Diante desta perspectiva, torna-se possível identificar um diferente fundamento sobre o qual se pode assentar a jurisdição constitucional, conferindo-se-lhe relevante papel no cenário democrático, na proporção em que se consolida como espaço legitimador para as Constituições. Este quadro, contudo, somente se mostra por completo no instante em que se consagram os mecanismos de controle difuso de constitucionalidade como decorrência lógica deste sistema. Afinal, a jurisdição constitucional somente pode ser reconhecida como instrumento para o acontecer das Constituições se estiver efetivamente aberta a todos os atores sociais e se mostre capaz de dar voz aos anseios populares, nascidos nas ruas e praças, transformando o Judiciário em uma real instância de mediação entre Estado e sociedade. Neste sentido, a tendência que se vem firmando no cenário jurídico brasileiro no sentido de restringir a amplitude e as possibilidades desta forma de manifestação da jurisdição constitucional deve ser vista com restrições, afinal, insistir na defesa do predomínio ou mesmo da exclusividade de sistemas concentrados para o controle da constitucionalidade é sinônimo de manter fechadas as portas para manifestação daqueles que devem ser os verdadeiros donos e guardiões das Constituições.

ABSTRACT

The contemporary constitutional theory supports itself in the defence of democracy, trying to provide conditions to democracy take place, while, in a complementary relation, democratic theories try to justify the Constitutions and give them legitimacy, in a continuous feedback. In this sense, the constitutional sovereignty is affirmed as a result of a dynamic activity, carried out in the day-by-day application of constitutional commands to solve quotidian problems, what reaffirms its central place in the juridical system. These ideas make possible to identify in the constitutional practice the source of its legitimacy, in the midst of society as well as in institutional fields. Regarding the mechanisms of the State put at the disposal of this ideal, it is easily recognized the importance assumed by constitutional jurisdiction, in which is consolidated more and more the task of conferring efficiency on constitutional dispositions, in the way that it acts as receptacle of social demands concerning the protection and effectiveness of fundamental rights. Facing this perspective, it is possible to identify a different basis on which constitutional jurisdiction can take place, conferring to it an important role in the democratic scene, in the way that it is consolidated as the space which legitimates the Constitutions. This picture, however, only appears completely at the moment when the mechanisms of diffuse control of constitutional legitimacy are generally accepted as logical consequence of this system. Finally, constitutional jurisdiction can only be recognized as instrument for the realization of the Constitutions if it is really open to all social actors and shows itself capable of expressing popular wishes arisen from the streets and public places, transforming the Judiciary into a real means of mediation between State and society. In this sense, the disposition verified in the Brazilian judiciary scene in the meaning to restrict the dimension and the possibilities of this way of constitutional jurisdiction must be viewed with restrictions, because persisting to defend the predominance or even the exclusiveness of centralized systems to control constitutionality means maintaining the doors closed to manifestations of those who have to be the real masters and guardians of the Constitutions.

RESUME

La théorie constitutionnelle contemporaine se fonde sur la défense de la démocratie, en essayant de donner des conditions pour qu'elle rende effectif, au même temps que, dans une relation complémentaire, les théories démocratiques s'occupent de justifier les Constitutions et leur donner légitimité. De cette façon, on tente d'affirmer la souveraineté constitutionnelle comme résultat d'une activité dynamique, mise en pratique toujours que les normes constitutionnelles sont appliquées aux problèmes quotidiens, ce qui réaffirme son rôle central à l'ordre juridique. Ces idées permettent d'identifier à la pratique constitutionnelle ses fondements de légitimité, autant au sein de la société, que dans des espaces institutionnels capables de rendre propice la participation des individus dans la construction de la société politique. En regardant les mécanismes de l'État mis à la disposition de cet idéal, on constate facilement l'énorme importance assumée par la juridiction constitutionnelle, par laquelle se consolide de plus en plus la tâche de conférer de l'efficacité aux dispositifs constitutionnels, dans la mesure où elle se place comme réceptacle de réclamations sociales pour la protection et l'effectivité de droits fondamentaux. Devant cette perspective, il est possible d'identifier un fondement différent, sur lequel on peut poser la juridiction constitutionnelle, en lui attribuant un rôle important dans la scène démocratique, dans la mesure où elle se consolide comme un espace qui légitime les Constitutions. Cette image, pourtant, s'avère seulement complète à l'instant où les mécanismes de contrôle diffus de constitutionnalité sont consacrés comme conséquence logique de ce système. Finalement, la juridiction constitutionnelle peut seulement être reconnue comme instrument pour la réalisation des Constitutions si elle est effectivement ouverte à tous les acteurs sociaux et se montre capable d'exprimer les souhaits populaires, nés dans les rues et places publiques, transformant, ainsi, le Judiciaire en une véritable instance de médiation entre l'État et la société. De cette façon, la propension que se firme dans la scène juridique brésilienne, au sens de réduire l'amplitude et les possibilités de cette manifestation de la juridiction constitutionnelle, demande attention, parce que persister à défendre la supériorité ou même l'exclusivité de systèmes centralisés pour le contrôle de constitutionnalité est synonyme de maintenir les portes fermées à la manifestation de ceux qui doivent être les vrais seigneurs et gardiens des Constitutions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA.....	18
1.1. O novo delineamento da jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro.....	18
1.2. Democracia e constitucionalismo: do antagonismo à simbiose.....	37
1.3. A legitimidade da Constituição do pluralismo.....	53
1.3.1. Representação popular como fonte de legitimidade constitucional: um mito?.....	57
1.4. Um novo papel para a jurisdição constitucional: a defesa do texto constitucional deixa de ser sua única tarefa.....	61
2. O ESTADO CONSTITUCIONAL.....	73
2.1. A Era das Revoluções e o constitucionalismo.....	75
2.2. A Constituição de um novo modelo estatal: transformações políticas e sociais como causa e consequência de um novo constitucionalismo.....	87
2.3. Traços distintivos da teoria constitucional contemporânea.....	102
3. A CONSTRUÇÃO DO MODELO PROTETIVO JURISDICIONAL.....	121
3.1. Proteção constitucional na realidade norte-americana.....	122
3.2. A difícil juridicização do controle de constitucionalidade no modelo europeu.....	140
3.2.1. As alternativas de Schmitt e Kelsen e sua relevância na construção do cenário europeu atual.....	148
3.2.2. O cenário europeu do pós-guerra.....	163

4. A POTÊNCIA CRIADORA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	170
4.1. O problema da legitimidade constitucional: como aproximar a Constituição do povo.....	176
4.2. Judiciário como instância de mediação social: o papel dos juízes ordinários.....	185
4.3. O processo interpretativo construtivo e a necessidade do diálogo constitucional: novamente a questão da legitimidade democrática do Judiciário.....	194
4.3.1. O problema dos excessos que pode o Judiciário cometer: uma análise a partir do caso alemão.....	196
4.3.2. A abertura gadameriana ao diálogo como uma possibilidade de controle e legitimação para a jurisdição constitucional.....	203
4.4. A jurisdição constitucional nas vias ordinárias como condição para uma efetiva democracia participativa.....	211
4.5. A prática da jurisdição constitucional: exemplos de experiências transformadoras	214
CONCLUSÃO.....	226
REFERÊNCIAS.....	232

INTRODUÇÃO

O controle difuso de constitucionalidade compõe, desde o advento da República, uma tradição inscrita no constitucionalismo nacional, conferindo a qualquer órgão jurisdicional a tarefa de, à luz de problemas concretos, analisar a validade de leis face à Constituição. É uma forma de expressão de um projeto de organização estatal que se funda na tentativa de garantir o equilíbrio entre os poderes públicos, permitindo que as atividades legislativas sejam controladas, com o que se restringe o risco de excessos e se assegura a submissão de todos estes aos ditames constitucionais. Presente em todas as Constituições nacionais republicanas, o controle jurisdicional de constitucionalidade pela via difusa tem sido utilizado em inúmeros momentos, fornecendo, ao lado de outros mecanismos de controle recíproco, instrumental eficiente para combate de abusos no exercício do poder.

Por várias décadas o sistema jurisdicional difuso subsistiu absoluto. Sua importância, contudo, a partir de meados dos anos 1960, começou a se reduzir, ganhando espaço o modelo de controle concentrado. Seu traço distintivo reside na concentração em único órgão (no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal) da capacidade de, mediante o exercício de função tipicamente jurisdicional, analisar a validade de leis face à Constituição e interpretar seu texto. Nega, desta forma, a possibilidade de outros julgadores, fora aqueles revestidos desta especial competência, realizarem tal tarefa, além de restringir largamente a capacidade dos primeiros de interpretar e aplicar dispositivos da Lei maior.

A inscrição do modelo concentrado na ordem jurídica brasileira não representou o afastamento do difuso, mas a necessidade de acomodá-los logo provocou uma retração do

segundo, fato que se tem ampliado em décadas recentes, especialmente após o advento da Constituição de 1988. Normalmente com esteio em um discurso que realça problemas práticos (em especial a quantidade de processos que acabam chegando, por via recursal, à instância máxima do Judiciário nacional), várias intervenções têm sido promovidas nos últimos anos mirando o sistema difuso, cujas potencialidades se vêem gradualmente tolhidas por sucessivas alterações legislativas (inclusive no texto constitucional) e por uma ativa construção jurisprudencial da Corte Suprema. São medidas que valorizam a concentração de tarefas no Supremo Tribunal Federal e garantem uma larga vinculação de todos os órgãos jurisdicionais às decisões por este proferidas.

Embora esta realidade, cada vez mais consolidada, usualmente seja apresentada como algo positivo, a redução dos espaços reconhecidos ao exercício da jurisdição constitucional pela via difusa implica em perdas para a democracia constitucional.

Na medida em que esta via se fecha, reduz-se a possibilidade de problemas concretos referentes à interpretação e à aplicação de dispositivos e direitos fundamentais constitucionais serem debatidos, afastando um pouco mais a Constituição da sociedade. Isto porque, no modelo concentrado, somente a alguns entes é dado chegar à Corte Suprema, permitindo-lhes falar em nome de toda a coletividade, que se vê submetida a uma única e definitiva decisão. O debate social sobre temas que dizem respeito ao dia-a-dia das pessoas, a direitos fundamentais concretamente considerados, acaba fortemente limitado e não raro retirado das mãos dos verdadeiros interessados.

A valorização das vias difusas, por outro lado, abre espaço para que qualquer indivíduo ou grupo social, independentemente de sua capacidade de articulação política, possa levar suas reivindicações a órgãos estatais, funcionando o processo judicial como um canal de comunicação que permite articular vontades diferentes. Afinal, reclamar a tutela de direitos fundamentais, garantindo a presença da Constituição na vida cotidiana, é algo que demanda a

existência de instâncias mediadoras entre indivíduos e poderes públicos e a jurisdição constitucional exercida pela via difusa pode assumir esta tarefa.

Em um cenário constitucional como o esboçado na atual Constituição brasileira, que elege por prioridade a defesa de um modelo democrático pautado na defesa dos direitos fundamentais, abrindo espaço para a participação social e a formação de consensos por meio do diálogo (e não por imposição dos poderes constituídos ou de pequenos grupos politicamente organizados), não se pode abrir mão de canais procedimentais aptos a permitir a manifestação das vontades privadas. Na busca por conciliar democracia e constitucionalismo, a jurisdição constitucional difusa se coloca como uma instância procedimental eficiente, capaz de constituir um espaço de debates regrado, controlado, que, limitando as paixões e egoísmos privados, permite formar consensos sociais.

Uma democracia discursiva se caracteriza pelo reconhecimento do pluralismo e se compromete a criar condições para convivência na diversidade, valores que a Constituição de 1988 se propõe a defender. Ao mesmo tempo, valoriza a liberdade individual, a capacidade de autodeterminação e o controle do uso público da razão, limitando o exercício das vontades privadas nos espaços coletivos com o propósito de conciliar, em máximo grau, as diferenças inerentes às sociedades plurais. O controle do uso público da razão é feito por intermédio de canais procedimentais, onde são fixadas regras para manifestação nos espaços coletivos de modo a minimizar os riscos de abusos.

Instâncias procedimentais, tanto estatais quanto sociais, precisam se fazer presentes e estar prontas a receber as reivindicações das pessoas, a captar os sentimentos e vontades individuais para, mediante um debate público institucionalizado, permitir a construção de consensos publicamente sustentáveis. Esta demanda democrática se coaduna com uma teoria constitucional que enxerga na Lei maior um momento conciliador de direitos e interesses plurais, com textos legislativos que se abrem às mais variadas exigências, vindas de grupos

heterogêneos e não raro antagônicos. A Constituição do pluralismo é suficientemente flexível para se moldar a conflitantes reivindicações de gerações presentes e futuras, acomodando tensões latentes e embates potenciais.

Nesta medida, os direitos fundamentais cumprem o papel de elo que permite unir constitucionalismo e democracia, cabendo às Constituições positivar e garantir a presença destes direitos, os quais, por seu turno, têm por tarefa permitir a participação de todos no debate democrático. Isto faz com que, para as Constituições atuais, tão ou mais importante quanto definir papéis para os órgãos estatais ou limites para suas atribuições, seja firmar direitos e assegurar a participação dos indivíduos no cenário democrático.

Na instante em que às Constituições é reconhecida uma diferente função, também à jurisdição constitucional deve ser agregado novo papel. Afinal, se às primeiras originariamente bastava a tarefa de regular os poderes estatais e estabelecer direitos mínimos de liberdade, hoje delas se exige mais. Conseqüentemente, seu guardião não pode se resumir a proteger seu texto contra atos legislativos que contra ele venham a atentar. De fato, salvaguardar a Constituição implica, atualmente, em garantir sua eficácia, permitindo que seus comandos efetivamente se façam presentes na vida social, regendo os problemas cotidianos; que os direitos fundamentais em seu texto previstos assegurem a proteção dos interesses individuais e coletivos e a participação de todos no cenário democrático.

A jurisdição constitucional, portanto, se vê diante da necessidade de assumir uma nova tarefa. Além de analisar a validade de leis, cumpre-lhe interpretar e aplicar direitos constitucionais aos litígios diários, permitindo que estes direitos de fato façam parte da vida das pessoas. E assim se opera a mudança na própria razão de ser da jurisdição constitucional. Se, num primeiro momento, dela se esperava apenas que garantisse a soberania da Constituição e o equilíbrio entre os poderes, segundo um projeto liberal, hoje deve funcionar

como canal para expressão de vontades sociais, permitindo aos indivíduos participar em um diálogo democrático que se dispõe a conferir vida e eficácia aos direitos fundamentais.

Daí a dificuldade que se apresenta quando o exercício da jurisdição constitucional se vê restrito a Cortes especializadas. Como esperar destas que estejam próximas aos cidadãos e seus problemas? Como permitir que cada indivíduo possa formular suas reivindicações, independentemente de estar inserido em um grupo organizado, capaz de ter acesso à Corte? Como colocar em prática um diálogo social eficiente, que viabilize a construção de consensos publicamente sustentáveis, se os interessados diretos são excluídos do debate?

No instante em que se reconhece na jurisdição constitucional também a tarefa de funcionar como canal institucional para manifestação de interesses individuais e coletivos tendentes a formar consensos sociais, coloca-se a necessidade de estreitar a distância que a afasta da sociedade. Uma aproximação que precisa acontecer tanto sob um ponto de vista objetivo - viabilizando o acesso físico das pessoas ao Judiciário para que possam apresentar suas demandas - quanto subjetivo - pela abertura dos atores judiciais ao diálogo com a sociedade.

A jurisdição constitucional, portanto, só é eficiente quando está junto aos cidadãos, pronta a colher qualquer litígio que demande a análise de um direito constitucional, e seus partícipes abertos a dialogar, a ouvir e compreender as demandas que lhes chegam. Assim procedendo, a via difusa para exercício da jurisdição constitucional (atividade que não se resume à declaração de constitucionalidade das leis, relembre-se), reconhecida como mecanismo apto a permitir a aproximação da Constituição à sociedade, apresenta-se como um caminho possível na tentativa de conferir vida e efetividade aos direitos constitucionais. Afinal, ao contrário do sistema de controle concentrado, esta, por sua própria estrutura, encontra-se muito mais próxima e acessível aos indivíduos.

Identificando-se como um problema a redução do espaço conferido à jurisdição constitucional realizada pela via difusa no cenário jurídico brasileiro, medida que restringe esta que pode funcionar como excelente canal de participação democrática, a pesquisa ora desenvolvida propõe-se a discutir uma nova dimensão possível para a jurisdição constitucional, potencializando seu significado a partir da revisão de seu conteúdo. Busca-se, neste sentido, demonstrar que a atuação jurisdicional pela via difusa apresenta-se como uma necessidade e mesmo uma decorrência lógica em uma realidade constitucional que se propõe a exaltar a defesa dos direitos fundamentais, reconhecendo nestes condição para a participação social democrática.

Considerando que a teoria constitucional contemporânea confere a estes direitos enorme força normativa, admitindo sua incidência direta na vida social, freqüentemente a solução dos litígios demanda que se analise, interprete e aplique comandos constitucionais, o que coloca todo e qualquer ator processual (juízes, partes, advogados públicos e privados, Ministério Público) em íntimo contato com a Constituição, numa atividade que em muito excede a análise de validade das leis. Retirar destes a prerrogativa de interpretar, à luz de problemas concretos, a normativa constitucional, implica em restringir ao alvitre de um único órgão e seus poucos membros a capacidade de pôr em prática as possibilidades transformadoras deste texto.

Assim sendo, coloca-se como uma necessidade analisar os fundamentos do que aqui se denomina democracia constitucional, que enxerga na participação social o fundamento da democracia e na Constituição as condições para o agir comunicativo dos indivíduos, o que se dá pelo reconhecimento, em amplo espectro, dos mais variados direitos de todos os grupos sociais que constituem as sociedades plurais. Compreender a teoria constitucional contemporânea, com sua releitura dos fundamentos legitimadores da ordem jurídica constitucional e dos fins perseguidos pela sua normativa, é tarefa que se impõe e

complementa o estudo da teoria democrática deliberativa, posto que capaz de indicar os caminhos seguidos pelas Constituições atuais no sentido de acomodar interesses plurais, regulando as mais variadas situações da vida.

Imprescindível, enfim, perscrutar a dimensão assumida pela tarefa hermenêutica, que se avulta no cenário do constitucionalismo contemporâneo na medida em que se faz necessário conciliar interesses diversos e mesmo conflitantes, acomodando as tensões inerentes ao pluralismo social. Busca-se, desta forma, melhor verificar como a abertura dos intérpretes aos diálogo com todos os partícipes do processo judicial, dispondo-se a ouvir e analisar as diferentes compreensões possíveis para os textos normativos, se faz essencial ao acontecer das Constituições e à adequada tutela, na melhor medida possível, dos direitos fundamentais.

O trabalho desenvolvido insere-se na área de concentração *Direito, Estado e Cidadania*, do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, nível Doutorado. O tema fulcra-se na reflexão acerca da democracia constitucional e se desdobra na conciliação entre as teorias da *democracia deliberativa* e do *neoconstitucionalismo*, perscrutando a repercussão que as bases conceituais no seio destas erigidas promovem na realidade constitucional vigente, especialmente tendo-se em mira a tarefa de assegurar a preservação e concretude da pauta de direitos fundamentais que compõe o seu núcleo essencial legitimador.

Pensar o Direito a partir dos paradigmas ofertados por semelhantes teses que se completam avulta carências que sacrificam a plena expressão do substrato normativo inscrito na Lei Maior, evidenciando a necessidade de se rediscutir modelos teóricos e práticos que contribuem, na sua concepção ora vigente, a inibir o devir constitucional e obstar a proteção do núcleo fundamental basilar. Sendo certo que a linha de pesquisa *Estado, Constituição e Direitos de Cidadania no Brasil* abre espaço para questionamentos concernentes à

problemática dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e acesso à justiça, especialmente no que tange à preocupação em se assegurar a efetividade dos comandos jurídicos voltados à tutela daqueles direitos, analisando as estruturas conceituais e normativas contemporâneas em consonância com os valores que se busca realizar, entende-se que o tema desenvolvido aos seus reclamos atende.

A pesquisa realizada orientou-se segundo o modelo crítico-dialético, pautando-se na discussão acerca da necessidade de revisar conceitualmente a jurisdição constitucional realizada pela via difusa, de forma a imprimir máxima expressão e efetividade à pauta axiológica consagrada na Lei Fundamental e contribuir para que este mecanismo de participação social democrática seja mantido vivo. O modelo teórico orientador do raciocínio permite que se assuma por base a apreciação do processo transformador da realidade levado a cabo pelo reconhecimento da possibilidade de se compreender sob novo prisma a atuação jurisdicional, criando as condições de possibilidade para um legítimo diálogo social em um espaço público institucionalizado.

A pesquisa aqui materializada pautou-se na análise de fontes documentais, calcada, fundamentalmente, na teoria democrática discursiva (ou deliberativa) de Jürgen Habermas, que reconhece na participação social por intermédio de instâncias procedimentais - como a que se pode identificar na jurisdição constitucional - condição para a democracia, e na teoria do neoconstitucionalismo de Luis Prieto Sanchís, autor que se tem debruçado sobre o estudo do atual cenário do constitucionalismo, onde os direitos fundamentais e a defesa do pluralismo se colocam como elementos chave para legitimação dos textos constitucionais. Este último destaca o papel que pode ser assumido pelos órgãos jurisdicionais ordinários na tarefa de interpretar e aplicar comandos constitucionais aos litígios cotidianos. Isto permite que debates acerca das formas como deve ser compreendido o texto constitucional se desenvolvam à luz de problemas concretos, acolhendo e dando voz a reivindicações sociais

por tutela a direitos fundamentais, com o que se evidencia a complementaridade existente entre as duas teorias.

Além destes dois referenciais, foram abordadas, ainda, teses que buscaram justificar momentos anteriores do constitucionalismo, outras que complementam e se propõem a explicar os marcos teóricos escolhidos e outras, ainda, que, dialogando com Habermas, Sanchís e os que com estes se alinham, desenvolvem construtivas críticas que ajudam a elucidar e aperfeiçoar diversos aspectos das teorias discursiva da democracia e do neoconstitucionalismo.

Recorreu-se, ainda, à análise de textos legais nacionais e julgados do Supremo Tribunal Federal que evidenciam a tendência a reduzir a abrangência e as possibilidades construtivas do controle difuso de constitucionalidade, bem como às obras de autores nacionais que ao fenômeno têm dedicado atenção. Também se mostrou relevante apreciar a realidade constitucional de Espanha e Itália, países que, mesmo não contando com um sistema difuso de jurisdição constitucional, construíram alternativas que permitem a seus juízes ordinários realizá-la, valendo-se, para tanto, de argumentos bastante próximos aos aqui defendidos.

Procedeu-se, enfim, à análise conceitual dos dados documentais coletados, utilizando-se procedimentos qualitativos com a finalidade de explorar os discursos invocados para embasar a pesquisa. Naturalmente, não se deixou de considerar as condições de produção dos dados, analisando-se não só os textos, mas também os contextos social, político e histórico que influenciaram a sua produção.

A pesquisa, em seu desenvolvimento, se desdobra na análise do problema identificado, qual seja, o estrangulamento dos meios para exercício da jurisdição constitucional pela via difusa no Brasil, demonstrando-se como tal realidade, que se constrói nas décadas recentes, afeta este que pode ser um eficiente instrumento para concretização de

uma democracia deliberativa. Este tema se soma à apresentação dos alicerces conceituais que caracterizam esta teoria democrática e do novo papel que se agrega às tarefas da jurisdição constitucional, compondo o primeiro capítulo.

Na seqüência, de modo a explicitar a imbricação que se identifica entre a teoria democrática discursiva e a teoria do neoconstitucionalismo, desenvolve-se no capítulo dois um breve esboço dos elementos comuns que caracterizam a trajetória do constitucionalismo até que este adquira suas feições atuais. Estas começam a se consolidar nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, momento em que se processa uma ressignificação dos direitos fundamentais, cuja aplicação direta aos litígios cotidianos passa a ser admitida, com o que definitivamente as Constituições ingressam na vida social, traço marcante do que se convencionou denominar neoconstitucionalismo.

A jurisdição constitucional adquire, como consequência deste desenho conceitual, novas tarefas, alterando-se seu significado e mesmo suas bases de legitimidade. Com o fim de identificar os primitivos e atuais fundamentos da atuação jurisdicional em defesa da Constituição, no capítulo três é delineado o processo de formação dos modelos chamados europeu e norte-americano de tutela constitucional. Arquétipos que nascem com o mesmo propósito, seguem rumos fortemente diversos e, nas últimas décadas, vêm se aproximando, numa rica troca de experiências que tem permitido à jurisdição constitucional melhor realizar as tarefas que dela esperam as teorias democrática discursiva e neoconstitucionalista.

O derradeiro capítulo trata das maneiras como este diferente e relativamente novo papel da jurisdição constitucional pode ser posto em prática. Passa-se, então, pelos temas da necessidade de se aproximar a Constituição da sociedade, da possibilidade de os juízes ordinários, no exercício de uma jurisdição difusa, funcionarem como instâncias mediadoras e do diálogo que precisa se fazer presente entre todos os partícipes deste espaço de debates. Neste ponto, é abordada a teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, autor que defende a

necessidade de abertura dialógica como requisito para a compreensão, funcionando o debate interpretativo ainda como mecanismo de controle sobre as decisões judiciais, elemento chave para que um debate público construtivo realmente aconteça, tendo o processo judicial como canal comunicativo. Enfim, as experiências desenvolvidas na Espanha e na Itália são apresentadas de forma a ilustrar como esta maneira de pensar e atuar o constitucionalismo tem encontrado guarida mesmo em países que não admitem, em seus textos constitucionais, um sistema difuso de controle de constitucionalidade, a impor a reflexão acerca da opção brasileira por apostar suas fichas no sistema jurisdicional concentrado.

1. CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

1.1. O novo delineamento da jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro

Elemento inscrito na tradição constitucional brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade pela via difusa está presente na ordem jurídica nacional desde o advento da Constituição de 1891. Já em seu nascimento, primeiramente no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, e, logo em seguida, na Constituição Republicana de 1891, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade foi ordenado de forma a permitir a manifestação dos juízes a qualquer tempo, no curso dos procedimentos judiciais ordinários, mediante provocação das partes interessadas.

A inspiração norte-americana na definição de seus contornos nunca foi negada, sendo conhecida a influência decisiva que Rui Barbosa exerceu na transposição deste modelo para o Brasil.¹ Em fins do Século XIX, os Estados Unidos da América já se apresentavam ao mundo como um modelo de organização política e social, uma nação que, sem passar pelas instabilidades que tanto afligiram a França no período pós-revolucionário, conseguiu firmar-se em torno de instituições políticas sólidas e razoavelmente estáveis.

¹ É o próprio quem afirma: “Os autores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de Rousseau e Mably, (...) eram discípulos de Madison e Hamilton.” BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 30. Sobre o tema da decisiva influência norte-americana no constitucionalismo republicano brasileiro também tratam, entre outros: LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 100-105. BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 29-30.

No momento em que o Brasil rompeu com o regime monárquico, foi com relativa naturalidade que seus olhos se voltaram para o exemplo norte-americano, uma nação igualmente jovem que se houvera libertado do jugo colonizador, preferindo-o aos referenciais europeus, notadamente a monarquia inglesa e a recentemente refundada república francesa. O projeto norte-americano de organização estatal pautado na idéia de soberania constitucional e na coexistência de poderes equilibrados, dotados de estruturas capazes de permitir um efetivo controle recíproco, foi largamente copiado, resultando em um modelo republicano, federativo e presidencialista.²

Dentre os mecanismos de controle do poder estatal, especialmente da capacidade legislativa, encontrava-se o sistema de controle difuso de constitucionalidade, incorporado ao texto constitucional em seu artigo 59, § 1º, 'b', tratando dele, a Constituição, da mesma forma sintética como toda ela foi redigida.³ Em linhas gerais, estabeleceu-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, nos moldes da Suprema Corte norte-americana, analisar, em grau recursal, decisões judiciais que tivessem por objeto questionamento acerca da validade de leis face à Constituição, além de abrir espaço para solucionar conflitos de competência entre leis estaduais e federais. Segundo Pedro Lessa, tais disposições em muito se assemelhavam ao *Judiciary act*, de 1789, na parte em que este tratava do *writ of error*, espécie de recurso que, da mesma forma que o Recurso Extraordinário brasileiro, permitia levar semelhantes questões à análise da Corte suprema.⁴

² CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 8-10. BALEEIRO. *Constituições Brasileiras: 1891. Op cit.*, p. 34-37. Sobre a organização estatal norte-americana, pautada na distribuição equitativa de funções entre os poderes estatais, lê-se no Federalista: “É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três poderes, não deve exercitar diretamente e em toda sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 305.

³ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

⁴ LESSA. *Do Poder Judiciário. Op. cit.*, p. 110.

Tal possibilidade representou uma clara inovação no sistema jurídico brasileiro que, sob o regime de 1824, não conhecia mecanismo jurisdicional que permitisse invalidar leis contrárias à Constituição. O ingresso deste sistema, por certo, não pode ser creditado apenas ao interesse em se importar soluções norte-americanas. Naturalmente, a realidade vivenciada no Brasil ao final do regime imperial indicava a necessidade de reformular amplamente as instituições políticas estatais, fato que certamente contribuiu na tentativa de fortalecer o Judiciário. Neste sentido é o comentário de João Barbalho ao texto de 1891:

O dever do liberalismo no passado (...) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.⁵

Tal qual nos Estados Unidos da América, também no Brasil se pretendia, naquele instante, fazer do Judiciário um poder capaz de confrontar Executivo e Legislativo, sem, contudo, a eles se sobrepor, de modo a “(...) manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.”⁶ Neste sentido, o instituto do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, na medida em que confere àquele poder a prerrogativa de analisar a validade de atos praticados pelos demais, apresenta-se como elemento essencial para permitir ao Judiciário colocar-se em posição de equilíbrio, dotando-o de uma capacidade fiscalizadora.⁷ Não se pode esquecer, ainda, a preocupação que se fazia presente, na mesma linha da teoria constitucional

⁵ CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Op. cit., p. 222. O mesmo já dizia Rui Barbosa. BARBOSA. *Os Actos Inconstitucionaes...* Op. cit., p. 27-28.

⁶ CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Op. cit., p. 222.

⁷ A possibilidade de o Judiciário pronunciar a nulidade dos atos que violassem a Constituição é vista por João Barbalho como algo “(...) de magno alcance e de utilíssimas conseqüências para a efetividade do regime político adotado, como cerceamento às demasias do poder que faz e do que executa as leis, e como garantia dos cidadãos, de suas liberdades, de seus direitos.” CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Op. cit., p. 223. O risco de excessos por parte especialmente do Legislativo foi antevisto no momento de fundação nacional dos Estados Unidos. O alerta inscrito no Federalista acerca da necessidade de se implementar mecanismos concretos capazes de controlar esses riscos é claro: “Porventura, será bastante para esse fim que os limites dos poderes sejam marcados com precisão e clareza na Constituição – e poder-se-ia esperar que estas trincheras de papel tenham força suficiente para prevenir as usurpações? (...) O corpo legislativo estende por toda parte a esfera de sua atividade e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso.” HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Op. cit., p. 305.

norte-americana, em afirmar o papel soberano ostentado pela Constituição face ao sistema normativo, donde a necessidade de colocar seu texto a salvo de indevidas ingerências que pudessem tolher sua força.⁸

Entregue esta tarefa ao Judiciário, restaria delinear sua forma de atuação. A escolha do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade exercido pela via difusa (segundo a qual todos os órgãos jurisdicionais, diante da necessidade de resolver um caso concreto que envolva a aplicação de norma reputada atentatória à Constituição, podem reconhecer a nulidade da lei) foi uma opção natural. Isso se deve ao simples fato de que, nas últimas décadas do Século XIX, esta era a única experiência de controle jurisdicional que efetivamente funcionava.⁹ Ademais, atendia a uma lógica que se conciliava com as necessidades nacionais daquele instante: fortalecer o poder Judiciário, contribuindo para criar um ambiente onde houvesse maior equilíbrio entre as instituições estatais e efetivo respeito à Constituição.

Ainda em seu nascedouro, registrou Rui Barbosa algumas das perplexidades causadas pelo modelo adotado, fosse porque refutava crenças fortemente arraigadas na dogmática jurídica, especialmente no que tange à relação de forças entre os poderes instituídos, buscando fundamentos no projeto político constitucional de um país muito jovem e que ainda não consistia em referencial para os brasileiros, fosse porque, da forma como

⁸ Sobre o tema, afirmava Rui Barbosa: “(...) a Constituição fortificou-se entre as suas próprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circunferência o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse efeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da política ou da multidão.” BARBOSA. *Os Actos Inconstitucionaes...* *Op. cit.*, p. 18. No mesmo sentido é a lição de João Barbalho. CAVALCANTI. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. *Op. cit.*, p. 224.

⁹ E já tinha influenciado outros países que, antes do Brasil, implementaram modelos semelhantes de jurisdição constitucional. Agenor de Roure, comentando o processo legislativo que culminou na Constituição de 1891, faz referência às experiências suíça, mexicana e argentina, além da norte-americana por óbvio, como exemplos de sistemas semelhantes ao brasileiro. ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. p. 67-68.

inicialmente implementado, não apresentava saídas para alguns problemas conceituais e práticos que logo se mostraram evidentes.¹⁰

As primeiras questões enfrentadas pelo Judiciário brasileiro e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos da República se ligavam intimamente à instabilidade política nacional, a ensejar sucessivas revoltas em diversos Estados e reações arbitrárias por parte do poder central. Neste sentido, durante um bom tempo as maiores atenções foram concentradas em torno da defesa das liberdades individuais, freqüentemente atingidas pelos atos de força dos governos. E o Supremo Tribunal, nas palavras de Emília Viotti da Costa, o tempo todo funcionou (como ainda funciona) como uma “(...) caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional.”¹¹ Isto, contudo, levou a que as discussões acerca das bases conceituais ou da própria razão de existir da jurisdição constitucional não ocupassem os primeiros lugares no rol de prioridades nacionais, o que não implica em dizer que as discussões teóricas que acompanharam seu nascimento tivessem sido esquecidas.

Com o suceder das décadas, o regime de controle difuso de constitucionalidade foi mantido íntegro, sobreviveu à grande reforma constitucional de 1926 e apenas com a fugaz Constituição de 1934 sofreu suas primeiras alterações. Neste momento, foram incorporadas a regra de reserva de plenário, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade das leis somente poderia ser proferida pela maioria dos juízes de um Tribunal (art. 179), e a prerrogativa de o Senado Federal suspender a execução de lei declarada nula (art. 91, IV).¹²

¹⁰ Sobre a crítica à outorga de semelhante tarefa ao Judiciário, veja-se a seguinte passagem: “É a essa doutrina fatal da onipotência das assembléias, doutrina anacrônica e contrária ao nosso direito escrito, que se aferra o nobre procurador da República, avocando para o Congresso o direito de anular, por meio, não só de leis, como de simples moções, isto é, por acenos de seu poder, sem ao menos a forma de processo legislativo, os direitos constitucionais do indivíduo.” BARBOSA. *Os Actos Inconstitucionales... Op. cit.*, p. 28-29.

¹¹ COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006. p. 23.

¹² Art. 91. Compete ao Senado Federal:

IV. suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Com estas medidas, buscava-se conferir maior estabilidade às decisões, minimizando os riscos inerentes à coexistência de sentenças conflitantes originadas em juízos diversos, além de criar um mecanismo que permitia conferir eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade.

Estas dificuldades haviam sido vislumbradas décadas antes, quando do surgimento do sistema de controle difuso no Brasil. Já naquela ocasião ficou evidente que o modelo jurídico brasileiro não permitiria o recurso à regra do *stare decisis*, presente no *common law*, que garante a vinculação geral aos precedentes firmados pelos tribunais. A falta de semelhante sistema abria espaço para que sucessivas decisões fossem proferidas acerca de um mesmo dispositivo legal, ora afirmando sua constitucionalidade, ora negando. Como explica Ronaldo Poletti, “A ausência da regra do *stare decisis* implica que os juízes não estão obrigados a deixar de aplicar a lei, declarada inconstitucional pelo Supremo. A solução da Constituição [de 1934] permitia dar efeitos *erga omnes* a uma decisão num caso concreto.”¹³

As tentativas de aperfeiçoar o sistema de jurisdição constitucional pela via difusa, contudo, em vários momentos se depararam com propostas que pretendiam trazer ao Brasil um novo modelo forjado na Europa dos anos 1920 e que prometia pôr fim à preocupação em se garantir a plena autoridade das decisões da Corte Suprema: o controle concentrado em uma Corte Constitucional, idealizado por Hans Kelsen e pela primeira vez implantado na Constituição austríaca de 1920. Relata Gilmar Ferreira Mendes que já na Assembléia Constituinte que deu origem ao texto de 1934 foi proposta, sem êxito, a implementação de Corte especializada, que concentraria a prerrogativa de dizer da constitucionalidade das leis, segundo o modelo europeu Kelseniano.¹⁴

Art. 179. Só por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

¹³ POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 50-51.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194. Completo estudo sobre os anais da Assembléia

Vários anos se passaram, entretanto, até que esta aspiração se concretizasse. Apenas com o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, ao texto promulgado em 1946, ocorreu a implementação de efetivo mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, que passou a coexistir com o tradicional modelo difuso (sendo certo que a *representação interventiva* não possuía, em essência, tal natureza, em que pese as feições que lhe foram atribuídas pela prática¹⁵). O controle de constitucionalidade concentrado, a permitir a provocação direta do Supremo Tribunal a fim de que este, em pronunciamento dotado de eficácia geral, dissesse da validade de uma lei, entrou em cena em um cenário político onde prevalecia o autoritarismo de um regime militar recém implantado no Brasil. Não substituiu, contudo, o sistema difuso, vindo a ele se somar.

A entrega de tamanho poder ao Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe uma prerrogativa que nunca tivera - de invalidar leis em decisões vinculantes e com efeitos *erga omnes* - poderia indicar um fortalecimento do Judiciário, permitindo-lhe fazer frente ao Executivo forte e centralizador que se configurou com o regime militar. Tal interpretação, contudo, seria equivocada. De fato, o controle concentrado surgiu com o nítido propósito de enfraquecer a resistência que poderia ser oposta pelo Judiciário às medidas de exceção adotadas. E o fez entregando a um Supremo Tribunal, desfigurado e expurgado de notáveis lideranças, a capacidade de se sobrepor às manifestações dos demais órgãos jurisdicionais,¹⁶ na medida em que, ao se pronunciar, em sede de controle concentrado, sobre a

Constituinte de 1932/1933 pode ser encontrado em AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

¹⁵ Ao analisar o tema à luz da Constituição de 1946, Themístocles Cavalcanti aproxima o controle de constitucionalidade realizado por intermédio da representação interventiva a um controle concentrado e abstrato, idéia que autores contemporâneos, como Gilmar Mendes, refutam. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 102-107. MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 135, jul./set. 1997.

¹⁶ Narra Emília Viotti da Costa: "(...) a 27 de outubro de 1965, o presidente Castelo Branco emitiu o Ato Institucional n. 2, que veio atingir diretamente o Supremo tribunal Federal, alterando a sua composição. O número de ministros foi aumentado de onze para dezesseis, tendo sido nomeados cinco ministros com militância partidária na UDN, mais adequados, portanto, à política do momento." COSTA. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. *Op cit.*, p. 167.

constitucionalidade de uma lei, sua decisão passava a vincular a todos, impedindo que sentenças destoantes fossem proferidas.

Menos de dois anos depois, com a promulgação da Constituição de 1967,¹⁷ foi este sistema misto ratificado, subsistindo a coexistência entre os controles difuso (realizado por qualquer órgão jurisdicional diante de um caso concreto, com eficácia restrita às partes litigantes) e concentrado de constitucionalidade (praticado diretamente perante o STF por meio da Representação de Inconstitucionalidade, a qual somente podia ser manejada pelo Procurador-Geral da República, e cuja sentença possuía efeitos vinculantes e eficácia geral).¹⁸ Deste momento em diante, todos os olhos se voltaram para o novo (no modelo brasileiro) sistema, visto freqüentemente como a melhor maneira de se otimizar a prestação jurisdicional, reduzindo a pluralidade de decisões típica ao sistema difuso e mesmo de processos judiciais versando sobre idênticos temas, tudo como decorrência da força vinculante das decisões proferidas no controle concentrado.

Mesmo em vista de sua clara vinculação a um projeto autoritário que tinha por propósito afastar a jurisdição constitucional da sociedade, reduzindo a possibilidade de os conflitos sociais (especialmente aqueles envolvendo a tutela de direitos fundamentais) serem levados ao conhecimento do Estado, via poder Judiciário, e fortalecendo uma instância por longos anos sujeita aos caprichos do poder Executivo, o modelo de controle concentrado foi e

¹⁷ Diploma normativo que Paulo Bonavides e Paes de Andrade entendem ser *promulgado* apenas por uma questão formal, já que, em verdade, seu projeto foi imposto a um Congresso francamente coagido que só tinha por opção acolhê-lo, sob pena de ver a *Constituição do Executivo* ser outorgada após o decurso do prazo de 40 dias que lhe fora dado para a cancelar. Dentro do projeto, cujo objetivo maior era constitucionalizar os atos institucionais até aquele instante impostos, havia diversos dispositivos *não-emendáveis*, ou seja, de análise vedada ao Legislativo. Por estes e outros motivos afirmam os autores que em 1967 “não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte.” BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 432-433.

¹⁸ Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I. processar e julgar originariamente:

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

.....

III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

segue sendo bastante festejado pela comunidade jurídica. Tanto é fato que restou francamente ampliado com o advento da Constituição de 1988, a ponto de pensadores do constitucionalismo atual enxergarem o esgotamento do sistema difuso que com ele insiste em dividir os holofotes.¹⁹

Segundo Gilmar Mendes, uma das principais vozes a enunciar este quadro, “A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade.”²⁰ Tais insuficiências, combinadas com a expansão do sistema concentrado por obra do novo desenho constitucional surgido em 1988, estariam levando a jurisdição constitucional brasileira a uma transição, num movimento que claramente aponta para a redução do papel desempenhado por instrumentos típicos do sistema difuso e o crescimento do modelo concentrado, que toma seu lugar.

O alargamento do rol de legitimados para propositura de ações diretas, assim como a previsão de novas modalidades procedimentais para controle em abstrato da validade das leis, seriam marcantes indícios da prioridade conferida ao arquétipo que concentra no Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das normas jurídicas. Esta tendência, iniciada com o advento da atual Constituição, representaria, a seu sentir, o movimento inicial que poderá culminar com o definitivo abandono do sistema difuso, situação que parece particularmente agradável ao autor.²¹

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.idp.org.br>. Acesso em: 11 mar. 2005. A se ressaltar que gritos isolados ainda podem ser ouvidos em defesa do sistema de controle pela via difusa, reputado, com a grandiloquência peculiar a este autor, como “(...) o melhor modelo de controle de constitucionalidade de leis do mundo”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social*. Disponível em <http://www.ihj.org.br> Acesso em 10 mai. 2005.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1092. Há que se destacar o peso que assumem as manifestações deste autor, seja por sua projeção no mundo acadêmico, seja pela posição que ostenta no Supremo Tribunal Federal, onde claramente tem se mostrado uma liderança na caminhada rumo à redefinição da jurisdição constitucional, empreendida pela Corte em anos recentes.

²¹ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1085. Interessante notar que em Portugal, país que compartilha com o Brasil um sistema misto de jurisdição constitucional, convivendo modelos difuso e concentrado, igual tendência é verificada por Carlos Blanco de Moraes, encontrando-se em sua obra

Nestes quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988, é perceptível o crescimento da jurisdição constitucional como um todo, adquirindo as manifestações estatais, exprimidas por esta via, cada vez maior relevo nos cenários jurídico e político. O aumento na importância atribuída a este instituto é algo típico do modelo constitucional que no Brasil se implementa a partir de 1988, momento em que se põe em marcha substancial alteração no cenário jurídico nacional, escorada em um novo paradigma constitucional que se alinha com as tendências lançadas na Europa no período pós-Segunda Guerra mundial.

Nos anos que se seguiram ao fim deste conflito bélico, o universo constitucional começou a caminhar rumo a um novo patamar, no qual os direitos fundamentais são identificados como alicerces da ordem jurídica e fundamento de validade primeiro para todos os atos estatais. Sua inscrição, em largas pautas, nos textos constitucionais permitiu que se lhes atribuísse uma força normativa até então pouco admitida, passando a vincular a elaboração, a interpretação e a aplicação de qualquer regra legal. Mais ainda: gradualmente se lhes reconheceu a capacidade de diretamente regular situações concretas, o que implicou na certeza de que normas constitucionais estão presentes nos problemas cotidianos e precisam ser consideradas na solução dos litígios.

Semelhantes dados, colhidos pela teoria que se propõe a explicar este novo desenho constitucional - correntemente denominada de *neoconstitucionalismo* - influenciam de forma decisiva a atuação jurisdicional. Afinal, se durante várias décadas as Constituições foram reconhecidas como um diploma político, cuja finalidade maior era reger a organização e as relações estatais, ao longo da segunda metade do Século XX elas passam a assumir novas tarefas, as quais colocam a tutela dos interesses individuais e coletivos em primeiro plano. Nesta medida, a jurisdição constitucional se vê forçada a abandonar sua exclusiva posição de

longa análise acerca das possíveis causas e um alerta quanto às potenciais conseqüências decorrentes do abandono do modelo difuso. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 989-1000.

guardiã do texto maior contra indevidas ingerências legislativas, permitindo que a esta se some o dever de aplicar a Constituição e seus direitos fundamentais aos problemas cotidianos.²²

Assim é que a jurisdição constitucional ganha impulso e se afirma como um dos principais instrumentos a favor do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, figurando como um canal para que o denso conteúdo material das Constituições possa se projetar sobre o ordenamento jurídico, transportando-o para a vida dos cidadãos. Essa relação estreita entre direitos fundamentais constitucionais e relações sociais faz com que os órgãos jurisdicionais ordinários se vejam obrigados a manusear a Constituição regularmente, interpretando e aplicando seus comandos. Isto tende a valorizar o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa, a qual passa a se apresentar como um espaço de debates apto a acolher as mais variadas reivindicações sociais, quer elas provenham de grupos organizados, quer de indivíduos isolados.²³

Acreditando na força da jurisdição constitucional como motor para assegurar que as promessas em seu texto inscritas não ficassem restritas a um plano ideal, o Congresso Constituinte cuidou de fortalecer os mecanismos procedimentais da nova Constituição brasileira. Preferiu, contudo, apostar suas fichas no modelo concentrado, conquanto tenha permitido a sobrevivência do sistema difuso. E desde a promulgação da atual Constituição, este último modelo de controle de constitucionalidade vem perdendo espaço e tendo sua eficácia contestada, sendo sucessivamente atacado em diversas frentes. De um lado, encontra-se todo um conjunto de novas leis (e, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, também de novos dispositivos constitucionais) que cuidam de fortalecer a autoridade do

²² SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 101-107; 112-125.

²³ Segundo Sanchís: “(...) la garantía judicial de los derechos y, por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye un elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones o, como a veces prefiere decirse, de toda Constitución normativa.” SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 139.

Supremo Tribunal Federal, reduzindo o espaço para discussões perante os demais órgãos jurisdicionais. De outro, uma postura claramente ativista da Corte Suprema nacional, que, nos últimos anos, tem buscado afirmar sua preponderância por intermédio de sucessivos julgados com os quais amplia a vinculação de todos a suas decisões.²⁴

Na seara legislativa, o processo de fortalecimento das decisões do STF se iniciou com a edição da Lei 8.038/1990, por cujo intermédio foram regulamentados os procedimentos de vários incidentes perante esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça. Pelo seu artigo 38 foi conferida ao relator designado para conduzir o processo a prerrogativa de, em decisão monocrática, negar seguimento a recurso que defenda tese contrária à jurisprudência do Tribunal (STF ou STJ).²⁵ Este poder foi posteriormente ampliado e entregue a todos os juízes com competência para apreciar a admissibilidade de recursos, comando que se encontra inscrito no artigo 557 do Código de Processo Civil por força de alteração trazida com a Lei 9.756/1998. E esta Lei foi além, acrescentando o parágrafo 1º-A ao mesmo artigo com o propósito de permitir a estes juízes, mais do que negar seguimento a recursos, acolhê-los monocraticamente, alterando as decisões impugnadas quando estas conflitarem com precedentes de Tribunais Superiores.²⁶

Tal mecanismo permite que os entendimentos do Supremo Tribunal Federal sejam quase automaticamente aplicados aos processos em andamento, estendendo de forma geral os

²⁴ O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal é uma reivindicação de expressiva camada do pensamento jurídico brasileiro, que defende, inclusive, a alteração de suas competências e estrutura para que adquira as feições das Cortes Constitucionais européias. Na ocasião em que estavam em curso debates acerca da proposta que seria convertida na Emenda Constitucional 45/2004, várias vezes se fizeram ouvir neste sentido. Veja-se, a propósito, entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 13 mai. 2005.

²⁵ Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

²⁶ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

efeitos das decisões da Corte.²⁷ Seu conseqüente fortalecimento se dá na medida em que é reduzida a possibilidade de se contestar um julgado acorde com precedentes do STF, inibindo juízes de se manifestarem contrariamente a estes, o que se afirma como uma forma de otimizar a atuação jurisdicional pela redução de decisões contrastantes e de processos repetitivos. Alcança-se, assim, uma forma de vincular os órgãos jurisdicionais à Corte Suprema, garantindo que sua compreensão do texto constitucional será seguida por todos, sem grandes contestações.

Com a ainda recente Emenda n. 45/2004 à Constituição de 1988, outros procedimentos entraram em cena, todos igualmente voltados a instituir um sistema de vinculação geral às decisões do STF, com o que se vem restringindo mais um pouco a possibilidade de ter na jurisdição constitucional pela via difusa um espaço democrático de debates. O processo de reforma da Constituição elegeu como grande vilão a ser combatido o excesso de processos que chegam aos escaninhos da Corte, o que levou boa parte da comunidade jurídica a identificar os problemas procedimentais enfrentados pelo modelo de atuação difusa como questões que afetariam a própria validade do sistema. Marcante, neste sentido, é a afirmação de Gilmar Mendes: “(...) a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade (...)”²⁸

Seguindo esta linha, o mais expressivo instituto trazido pela Emenda Constitucional é a *súmula vinculante*, que permite às manifestações do STF adquirir eficácia geral, de sorte que as interpretações firmadas em sede de controle difuso passam a ser revestidas de efeito vinculante no instante em que sumuladas.²⁹ Isto praticamente coloca por terra uma das

²⁷ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1088.

²⁸ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1092.

²⁹ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1089. Não se pode esquecer, ainda, do instituto da *repercussão geral*, forjado na mesma Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulado pela Lei 11.418/2006. Segundo a definição legal, a repercussão geral está presente quando a questão discutida no Recurso Extraordinário ultrapasse os limites subjetivos da causa, afetando interesses econômicos, políticos, sociais ou

principais diferenças entre as decisões proferidas em via concentrada e difusa: a não vinculação, neste segundo caso, das partes que não estejam envolvidas no processo judicial. Regulamentada pela Lei 11.417/2006 e já sendo colocada em prática, a edição de uma súmula vinculante impõe a todos os órgãos judiciais, além dos administrativos, observar a interpretação adotada pelo STF para determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional.³⁰

A consequência inevitável disto é a quase impossibilidade de uma questão decidida pela Corte Suprema ser rediscutida, de uma compreensão firmada acerca de algum dispositivo constitucional ser revista, a não ser que o próprio Tribunal assim o decida. Naturalmente, não se pode negar o positivo aspecto da progressiva redução de casos que chegarão ao STF, o que tende a elevar ainda mais a qualidade de suas decisões. De um modo corrente, ainda, sustenta-se que a menor possibilidade de decisões contraditórias serem proferidas por variados juízes seria um fator de segurança jurídica. Estas qualidades, porém, revelam-se, em alguma medida, não tão positivas. Em verdade, uma análise mais cuidadosa desta tendência é capaz de demonstrar sua capacidade de colocar em risco a *democracia constitucional*, pois representa o fechamento de uma instância de debates apta a acolher as mais variadas reivindicações sociais, formuladas por qualquer pessoa diante dos concretos problemas do cotidiano regulados pelas normas constitucionais.

jurídicos da coletividade. Assim, somente serão apreciados pelo STF os Recursos Extraordinários cuja solução implique em consequências para a sociedade, na se prestando o recurso apenas para a satisfação de interesses privados dos litigantes. Sobre o tema, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

³⁰ Até o mês de junho de 2008, dez súmulas vinculantes foram editadas pelo Tribunal. Seu teor pode ser visto no endereço <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> Contra a adoção das súmulas vinculantes várias vezes se levantaram durante o processo de debate legislativo que antecedeu a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Tema comum às críticas era a certeza de que as súmulas restringiriam excessivamente o debate democrático que pode ser desenvolvido nas diversas instâncias judiciárias, as diferentes interpretações que podem ser construídas em torno dos textos legislativos. Lenio Streck é um dos autores que questionaram enfaticamente a tendência a se implementar um regime de *pensamento único*, que transforma o STF em única voz capaz de exprimir o que o texto constitucional tem a dizer. STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheitt Sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em 29 out. 2007.

O ponto de vista que aqui se começa a enunciar, contudo, certamente não encontra muito eco no Supremo Tribunal Federal. De fato, a recente jurisprudência da Corte tem firmado uma clara tendência a robustecer o controle concentrado, erigindo novas formas de vincular os demais órgãos jurisdicionais a suas decisões.³¹

Exemplo marcante desta tendência pode ser identificado nas manifestações proferidas pelos Ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau na Reclamação 4335/AC, ajuizada em maio de 2006 e ainda não julgada em definitivo.³² Mesmo não seguindo uma linha argumentativa comum, ambos apontam seus votos para o mesmo norte: conferir eficácia geral a uma decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, valendo-se do instituto da Reclamação para assegurar a autoridade de sua manifestação perante os demais órgãos jurisdicionais.³³

Neste julgamento, Gilmar Mendes colocou em prática algumas idéias que já há tempos defende, cuja base reside em uma releitura da eficácia possível às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. No ano de 2004, este autor já houvera publicado artigo sustentando a desnecessidade de o Senado Federal se manifestar com o propósito de suspender a execução de lei considerada inconstitucional. Ao seu entendimento, a invalidade

³¹ Com esta postura o Tribunal caminha no mesmo sentido indicado por autores como Walber de Moura Agra, para quem a jurisdição constitucional brasileira só será de fato eficiente quando o STF for transformado em Corte Constitucional, nos moldes do padrão europeu, passando a realizar exclusivamente um controle concentrado de constitucionalidade, submetendo a todos a suas decisões. AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 277-279.

³² Neste caso, a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação contra a Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, com o objetivo de obrigar este juízo a seguir a orientação firmada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959/SP, ocasião em que o Tribunal afirmou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, que trata da impossibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena a condenados pela prática de crimes hediondos. O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, pode ser encontrado no endereço <http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=164&dataPublicacaoDj=25/08/2006&numProcesso=4335&siglaClasse=Rcl&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=118&codMateria=2> Acesso em 02 jul. 2008.

³³ Além dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus, que proferiram votos acolhendo a Reclamação, estendendo, conseqüentemente, a eficácia da decisão proferida no HC 82.959/SP, já se manifestaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que indeferiram o pedido por entender que mesmo ultrapassaria o objeto possível à Reclamação. Desde a sessão de 14.04.2007 os autos encontram-se com o Ministro Ricardo Lewandowski. Estes dados estão disponíveis na página do STF, no endereço: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 02 jul. 2008.

da norma decorreria da própria decisão do Supremo Tribunal, mesmo se proferida na via difusa, de sorte que a função da Casa Legislativa seria de tão somente tornar pública a nulidade.³⁴

Segundo o autor, quando a intervenção do Senado Federal (hoje tratada no artigo 52, X, da Constituição Federal³⁵) foi concebida no Brasil, em 1934, ainda se encontrava em fase de consolidação o poder do Supremo Tribunal e o delineamento do controle de constitucionalidade. Dúvidas que então subsistiam acerca da amplitude das decisões da Corte ou da natureza da declaração de inconstitucionalidade impunham o recurso a institutos como este. No momento presente, contudo, “A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal (...) perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.”³⁶

Assim é que pode sustentar ter a preponderância conferida pela nova ordem constitucional aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade levado à ampliação da eficácia de todas as decisões proferidas pelo STF, não mais se limitando, sua abrangência, às partes envolvidas nos processos.³⁷ Conseqüência deste entendimento que aos poucos o Tribunal cuida de colocar em prática é o fechamento das vias ordinárias para

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 162, abr./jun. 2004. p. 149-168. E no voto proferido na Reclamação 4335/AC o mesmo sustenta: “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso.”

³⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

³⁶ MENDES. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. *Op. cit.*, p. 157. Posição oposta, sustentada nas idéias há décadas solidificadas no pensamento jurídico brasileiro, pode ser encontrada, entre outros, em POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 151-155. Relevante crítica à postura adotada por Gilmar Mendes na referida Reclamação 4335/AC pode ser encontrada em STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso*. Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em 10 jan. 2008.

³⁷ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.*, p. 1087.

rediscussão de matérias já conhecidas pela instância máxima, independentemente da forma como lá chegaram, se após ampla discussão em variados processos ou se por atalhos processuais que permitem um acesso quase direto ao último grau de jurisdição.

Em outro caso recente, o STF, ao decidir Mandados de Injunção (procedimento que, a depender do seu objeto, tramita em única instância perante este Tribunal) nos quais se pleiteava a regulamentação do direito de greve para servidores públicos, determinou que a decisão proferida naqueles procedimentos se aplicaria a *todos* os servidores públicos, e não apenas aos que se encontrassem representados pelas entidades que ajuizaram as demandas. Ao resolver desta maneira a questão, o Tribunal subverteu um dado a respeito do Mandado de Injunção que, até aqui, não houvera sido objeto de controvérsia doutrinária: a eficácia *inter partes* da decisão.³⁸

Exemplos como estes, além da instituição de mecanismos processuais como a *repercussão geral* nos Recursos Extraordinários, exprimem a prática de um fenômeno correntemente denominado de *objetivação* do processo de controle de constitucionalidade. Estendendo mecanismos processuais típicos do sistema de controle concentrado de constitucionalidade a procedimentos por cujo intermédio se realiza o controle difuso, estes se aproximam dos primeiros, assumindo algumas características típicas daqueles. O termo *objetivação* é empregado porque, no controle pela via concentrada, são utilizados procedimentos (ADIn, ADC, ADPF) chamados *objetivos*. Tal denominação se deve ao fato de não haver, na relação processual formada, partes em pólos antagônicos defendendo direitos subjetivos. Haveria, em verdade, apenas o interesse em preservar a integridade da ordem

³⁸ Tratam-se, no caso, dos Mandados de Injunção 670/ES e 712/PA. O primeiro foi ajuizado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo e teve como relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgamento que se encerrou em outubro de 2007. Já o segundo foi ajuizado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e relatado pelo Ministro Eros Grau. Seu julgamento foi concluído em conjunto com o MI 670. Curiosamente, ao decidir o MI 721/DF (relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007), sobre o direito a aposentadoria especial para servidores públicos que trabalham em condições insalubres, o Tribunal restringiu a eficácia da decisão à servidora impetrante. Na doutrina, a defesa da eficácia *inter partes* das decisões em Mandado de Injunção pode ser encontrada em BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 124.

jurídica, colocada em risco sempre que paire dúvida acerca da validade, formal ou material, de uma norma infraconstitucional.

No instante em que alguns mecanismos típicos dos processos *objetivos* são transportados, por construção jurisprudencial, para processos *subjetivos* (por cujo intermédio se realiza o controle de constitucionalidade diante de um litígio concreto, entre dois ou mais sujeitos), fala-se em *objetivação* destes últimos. Isso acontece, por exemplo, quando se admite estender a eficácia de uma declaração de (in)constitucionalidade de uma lei estadual ou municipal proferida em controle concentrado para outras situações semelhantes, valendo-se, para tanto, de Reclamação,³⁹ ou quando se afirma a eficácia *erga omnes* de decisão proferida em controle difuso (caso da progressão de regime em crimes hediondos), ao argumento da relevância ou grande repercussão da matéria.⁴⁰

Várias destas idéias e práticas, tanto jurisprudenciais quanto legislativas, são bastante interessantes e válidas, especialmente quando se elege por prioridade reduzir a quantidade de causas que chegam ao Supremo Tribunal. De fato, na medida em que suas decisões se impõem aos demais órgãos julgadores, afastando a possibilidade destes se manifestarem de forma conflitante com entendimentos previamente firmados na Corte Suprema, o número de processos e recursos tem que diminuir. As questões que se colocam, contudo, são: será este o melhor caminho para afirmar a autoridade do Tribunal? Será que as perdas decorrentes da crescente restrição às possibilidades criadoras da jurisdição constitucional exercida pela via

³⁹ Hipótese que Gilmar Mendes relata e festeja: “Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva, da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes.” Assim, “(...) tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos [leis de diferentes municípios que versem sobre o mesmo tema], a submissão da questão ao Plenário.” MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1088.

⁴⁰ Este movimento, que recentemente tem tomado notável impulso no STF, não se limita, contudo, aos assentos dos Tribunais. Em verdade, já há cerca de uma década a legislação processual vem promovendo gradual aproximação entre os sistemas vigentes de controle de constitucionalidade, implementando medidas que permeiam os processos que se desenvolvem pela via difusa com características típicas dos processos *objetivos*. Assim é a regra do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que dispensa a repetição do julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade quando haja precedente firmado no Tribunal, ou a admissão de *amicus curiae* neste mesmo incidente (art. 482, parágrafo 3º, CPC).

difusa não suplantariam os ganhos em produtividade? Não haveria outras maneiras de reduzir a carga de trabalho do STF sem necessariamente estrangular o sistema difuso?

A jurisdição constitucional pela via difusa não pode ser tratada como uma vilã, ao contrário. Em verdade, no cenário do atual constitucionalismo, diante da crescente imbricação entre o horizonte constitucional e a vida social, a demandar uma constante preocupação em conferir efetividade aos direitos fundamentais constitucionais, instâncias procedimentais como aquelas encontradas no Poder Judiciário não podem ser restritas. A necessidade de oferecer à sociedade mais e melhores mecanismos por meio dos quais esta possa formular suas manifestações, debatendo publicamente suas carências quanto à tutela de direitos fundamentais, indica que instâncias mediadoras como a que se identifica no processo judicial precisam ser valorizadas. A realidade do constitucionalismo atual demanda a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, de modo a aproximá-la da sociedade, com o que se permite transformar em realidade a idéia de supremacia constitucional, além de facilitar a expressão das potencialidades transformadoras desta lei tão especial.

Por óbvio o acontecer da democracia constitucional não depende apenas de juízes dispostos a realizar, no dia-a-dia de sua atuação, uma atividade jurisdicional preocupada em garantir efetividade, em máximo grau, a direitos fundamentais, assegurando a participação dos indivíduos neste espaço de debates que se identifica no processo judicial. Mas, mesmo não sendo possível depositar todas as esperanças nesta instância, também é certo que dela não se pode prescindir, pois é capaz de funcionar como um excelente espaço onde se encontram e se complementam constitucionalismo e democracia.

1.2. Democracia e constitucionalismo: do antagonismo à simbiose

No atual cenário vivenciado pela ciência e pela prática do Direito todos os discursos parecem convergir até o ponto em que se consagra a soberania das Constituições como referência inafastável à compreensão tanto dos sistemas jurídicos quanto da própria estrutura política e social dos Estados. Após uma já relativamente longa caminhada - que não convém aqui refazer - que se iniciou com as Revoluções do Século XVIII, chega-se a um momento no qual estes diplomas legislativos se vêem revestidos de algo mais que simples normatividade, ou, como ainda se ouve dizer, *força de lei*. A certeza de que nas Constituições pode se encontrar o espaço no qual se consolida a simbiose entre regimes constitucionais e democracia talvez seja, neste campo, um dos mais importantes legados do Século XX à Teoria Constitucional contemporânea.⁴¹

Nos anos presentes, o pensamento constitucional se tem assentado em torno da perspectiva de garantir que esta junção, concebida no plano teórico, se torne real, ingressando no mundo concreto da vida cotidiana. Busca-se, deste modo, que o *constitucionalismo* e seu ideal de instituir um regime de governo no qual o poder se encontre absolutamente controlado, em uma ordem estatal claramente delineada, se combine com a *democracia*, compreendida como um momento em que se exalta a plena capacidade de a sociedade fazer valer suas vontades e ver defendidos seus direitos, levando suas manifestações a espaços públicos de debate, independentemente de serem a expressão de grupos numérica, política ou economicamente majoritários, com o mais absoluto respeito pelas diferenças.

O desenho constitucional que se vem gravando desde meados do Século XX em larga parte do mundo busca reconhecer nas Constituições um modelo capaz de permitir o consolidar de movimentos democráticos, figurando como repositório de valores sociais, ponto

⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 163.

de equilíbrio entre diferentes - e mesmo divergentes - grupamentos humanos, proclamação dos ideais de harmonia social, exaltação do ser humano e justiça social. Ao mesmo tempo, nestes textos se encontra plasmado um momento de tensão entre as vontades expressadas por grupos majoritários e a necessidade de conferir proteção aos segmentos minoritários, no que se consolida uma diferente perspectiva acerca do próprio conceito de democracia, não mais circunscrito à singela definição de *governo das maiorias*.

Fruto da chamada *Era das Revoluções*, o constitucionalismo surge como uma tentativa de estabelecer uma justificativa para a existência da autoridade estatal, bem como firmar em bases racionais e jurídicas o relacionamento entre governantes e governados, afastando-se definitivamente quaisquer justificações pautadas na força bélica ou em argumentos de cunho mítico religioso.⁴² Nas Constituições que gradualmente vão sendo elaboradas a partir de então, encontra-se um conjunto de regras cujo objetivo, em maior ou menor grau, é fixar parâmetros para a distribuição do poder político, minimizando os riscos de sua concentração e conseqüente exercício arbitrário.

Elemento comum às diversas vertentes em que se desdobram as teorias constitucionais consiste em ver no Estado um produto da vontade popular, que aos indivíduos se liga diretamente, sem a interferência de corpos intermediários como corporações de ofícios ou mesmo o clero. Uma sociedade política na qual “(...) entre o povo soberano (...) e os seus representantes não existem as sociedades particulares desprezadas por Rousseau (...)”⁴³ que tanto afastavam os indivíduos dos círculos de poder. Nenhuma outra maneira de se justificar o Estado, seus governos e seu poder deveria ser admitida que não a vontade do povo soberano, por seus legítimos representantes manifestada.⁴⁴

⁴² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco A. Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 35.

⁴⁴ SIEYÈS. *A Constituinte Burguesa*. *Op. cit.*, p. 45-46. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

As Constituições e o modelo estatal que em seu seio se assenta nascem com o propósito de limitar o poder soberano, titularizado pelos monarcas absolutistas que controlavam praticamente todos os estados nacionais europeus em fins do Século XVIII. Ao mesmo tempo, porém, em que se via nestas figuras uma ameaça ao novo regime político que surgia e, aos poucos, se consolidava, fazia-se presente a preocupação em impedir que as pressões populares pudessem conduzir à desestabilização dos governos. Afinal, o legado de incertezas deixado pelos excessos cometidos em vários momentos da Revolução Francesa lançara um alerta para todos os países europeus quanto aos riscos em se conferir às massas demasiados poderes.

Neste sentido, o constitucionalismo entra em cena opondo limites tanto aos governantes quanto à sociedade, numa tentativa de permitir o alcance de um equilíbrio entre estas duas forças. Semelhante característica funcionou por algumas décadas, permitindo que se operasse a transição para um novo modelo estatal (tal afirmativa, naturalmente, se pauta em uma análise superficial e que desconsidera peculiares momentos vividos pelas nações que adentravam no universo do constitucionalismo). A partir da segunda metade do Século XIX, contudo, na medida em que a atuação popular deixa de ser encarada como um mal a ser combatido, recuperando-se a idéia originária de poder dos homens como fundamento primeiro de validade e razão para existência do Estado, esta solução passa a ser objeto de questionamentos. E assim, na proporção em que os grupos sociais conseguem se organizar e dar os primeiros passos no sentido de promover um rearranjo nas estruturas estatais, de sorte a permitir maior igualdade de participação, maior equilíbrio entre poderes e pessoas, a faceta controladora das Constituições começa a incomodar.

Instaura-se, então, o *paradoxo do constitucionalismo*, que ao mesmo tempo liberta (do absolutismo despótico) e oprime (a vontade das maiorias, inscrita nas Constituições). As leis são identificadas como expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos sob o

Estado, mas, ao mesmo tempo, determinam um conjunto de limites para o pleno exercício da vontade soberana, cuja expressão passa a se ver contida pelos direitos humanos fundamentais positivados nas Constituições.⁴⁵ No que se agrega às Constituições a tarefa de preservar liberdades individuais, estas se colocam como um obstáculo à consecução do plano originário forjado pela multidão soberana, em uma postura dita *contramajoritária*. Assim é que um dos alicerces do constitucionalismo - a defesa de direitos fundamentais de liberdade - vai se opor ao ideal de proteção universal social concebido pelas teses que afirmaram o poder soberano dos homens.

Quando entra em cena a tentativa de se erigir um novo conceito de democracia, estreitamente ligado às idéias de igualdade de participação e de equilíbrio entre governantes e governados,⁴⁶ a teoria constitucional que, em termos gerais, persiste até as primeiras décadas do Século XX demonstra dificuldade em admitir um meio termo entre a defesa do constitucionalismo e da democracia. Daí que, em vários momentos, ou se afirma somente ser legítima a Constituição que defende os direitos fundamentais, mesmo contra a vontade do povo, ou se sustenta que a legitimidade daquela apenas se faz presente quando a vontade popular pode se manifestar de forma absoluta.⁴⁷

Embora já decorridos mais de duzentos anos desde que a primeira Constituição foi promulgada e três séculos desde a Revolução Inglesa - na deposição do absolutismo precursora dos movimentos francês e norte-americano - segue a Teoria da Democracia debruçada sobre este problema. Hoje, contudo, conciliar democracia e constitucionalismo já é visto como algo possível, concorrendo algumas alternativas que na mesma direção tentam apontar, sempre com o intuito de ilidir este antagonismo.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153.

⁴⁶ Carl Schmitt é um dos autores da virada do Século XIX para o XX que constrói seu conceito de democracia a partir destes elementos, destacando a necessidade de igualdade entre os homens e destes para com seus governantes como condição para que tal regime possa se implantar. SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996. p. 224-225.

⁴⁷ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 154.

Karl Loewenstein, escrevendo na Alemanha da década de 1970, não enxergava nestes dois elementos uma verdadeira incompatibilidade, ao contrário. Para o autor, ao desempenhar sua tarefa de garantir o controle do poder e a distribuição de seu exercício, permitindo a variados atores sociais o acesso aos órgãos de governo, as Constituições cumprem um papel democrático. No instante em que criam instituições, ordenando os processos para exercício da autoridade estatal, garantem que os homens possam alcançar o ideal de uma “(...) sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales (...)”.⁴⁸

Sua maneira de perceber este fenômeno claramente realça um aspecto liberal do constitucionalismo, qual seja, sua finalidade de circunscrever o poder estatal dentro de um espaço controlado, de modo a impedir que os governantes venham a interferir demasiadamente nas esferas de liberdade individual. Assegurada a liberdade, alcançada estaria a democracia constitucional, momento em que finalmente se teria por superado qualquer resquício de absolutismo.⁴⁹ Esta é a base para que as decisões políticas possam ser tomadas pelo povo, que outorga a seus representantes a tarefa de colocá-las em prática e, ao mesmo tempo, sobre estes exerce controle. Assim, a restrição imposta pelo constitucionalismo ao exercício do poder não recairia propriamente sobre a sociedade, servindo antes como um instrumento para garantir que seus representantes não ultrapassem os limites das atribuições a eles conferidas.⁵⁰

A Teoria da Justiça de John Rawls, em vários de seus aspectos, transita pela mesma seara, identificando-se, igualmente, com esta vertente que se tem convencionado denominar de *teoria liberal da democracia*. Rawls sustenta que a liberdade de autodeterminação é requisito essencial para uma vida coletiva que objetive construir uma sociedade justa. O ideal de justiça deve orientar as relações humanas que se desenvolvem em espaços públicos,

⁴⁸ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 149.

⁴⁹ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 90.

⁵⁰ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 92-93.

momento em que as vontades individuais podem ser manifestadas com o intuito de se construir consensos sociais.⁵¹

O debate público é organizado em torno de estruturas representativas, colocando-se o aparato político estatal como elo entre os indivíduos. Às instituições públicas incumbe, portanto, acolher e dar ressonância às reivindicações sociais, “(...) promovendo as suas concepções do bem.”⁵² Neste sentido, há democracia onde estejam presentes as condições para que as vontades privadas sejam explicitadas em espaços institucionais, de modo a se construir consensos sociais. E a Constituição, ao garantir a liberdade individual e a capacidade de livre formação das convicções pessoais, apresenta-se como condição para que a democracia possa acontecer.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, em obra dos anos 1990, igualmente se debruça sobre o tema, abordando-o, contudo, sob diferente prisma. Não tem dúvidas acerca da soberania popular e é enfático ao afirmar a capacidade que o povo detém de construir o novo, criando, pelo exercício de seu poder constituinte, a ordem jurídica que dá forma e legitima o Estado e seus governantes. Percebe a Constituição, assim, como fruto da vontade popular livremente manifestada em um momento de participação democrática. Daí afirmar que “(...) se reconoce al pueblo, en cuanto sujeto humano, un poder pleno de disposición sobre la configuración del orden político y social. A él le corresponde establecer las bases de la ordenación política de la vida en común.”⁵³

E Böckenförde não se contenta em sustentar a titularidade que o povo exerce sobre o poder constituinte. Em verdade, defende ser elemento indissociável da democracia a capacidade de exercer tal poder a todo instante, influenciando decisivamente nos rumos da vida estatal. Desta forma, é democrático o governo constituído, organizado e controlado pelos

⁵¹ RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 26-27.

⁵² RAWLS. *Justiça como Equidade*. *Op. cit.*, p. 32.

⁵³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La Democracia como Principio Constitucional. in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 51.

cidadãos, representando, portanto, um momento de autodeterminação popular.⁵⁴ Ao definir a forma de exercício do poder, seu conteúdo e limites, a sociedade confere ao Estado feições democráticas, certificando-se de que sua prioridade seja cuidar dos interesses dos indivíduos e grupos sociais e garantindo a própria capacidade de permanentemente interferir nas políticas governamentais. Em resumo, “el fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado.”⁵⁵

É interessante notar que este autor somente reconhece a todo o povo, compreendido como unidade política de ação, a capacidade de constituir e influenciar nos rumos da vida estatal. Grupos diversos, isoladamente considerados, podem ser vistos como parte do processo político, mas não detêm legitimidade democrática, exclusivamente conferida ao povo em sua dimensão de integridade.⁵⁶ Ao reconhecer uma potência criadora somente à unidade do povo, Böckenförde coloca a vida em uma comunidade estatal como condição para a democracia. Com isso, a *liberdade individual* perde espaço para a idéia de *liberdade de participação*: “El principio de la libertad individual no puede sin embargo hacerse valer en la democracia de un modo inmediato. Opera más bien de una forma mediata, dada la necesidad de una ordenación vinculante de la vida en común;”⁵⁷

Neste sentido, entende que a liberdade democrática se faz presente na auto-limitação, forma única de viabilizar a coexistência pacífica, pelo que definir uma ordem básica para a vida social é tarefa imprescindível. Esta, por seu turno, é cumprida por meio da positivação de *direitos fundamentais*, instrumentos que garantem espaços de participação abertos a todos e, ao mesmo tempo, restringem excessos que poderiam fragmentar a unidade social. Os direitos

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 52-53 e 76-77.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ A propósito, veja-se a seguinte passagem: “Si la legitimación democrática se refiere al pueblo en su conjunto, los grupos y organizaciones de ciudadanos no pueden apelar a ella, aun en el supuesto de que incorporen un número considerable de ellos.” As organizações sociais podem influenciar no processo de formação de opiniões e vontades, mas desempenhar tal tarefa “(...) no les legitima para ocupar el lugar del conjunto de los ciudadanos del Estado, ni siquiera aunque dispongan de un potencial ‘democrático’ considerable.” BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 70-71.

⁵⁷ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 78.

fundamentais, neste sentido, “constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad.”⁵⁸

Cabendo às Constituições acolher tais direitos, estas se apresentam não como um momento de restrição à democracia pelo favorecimento de egoísmos privados, mas, ao contrário, como sua própria afirmação, na medida em que asseguram a possibilidade de todos os atores sociais participarem do processo político, implementando o que Böckenförde define como *liberdade de participação democrática*. Constitucionalismo e democracia, portanto, longe de se apresentarem como momentos antagônicos, são compreendidos como elementos complementares para a formação do Estado democrático e os direitos fundamentais como o vetor comum entre ambos, um nexos decisivo para sua união.⁵⁹

Böckenförde, em uma linha de pensamento comum ao que Habermas identifica como *republicanismo*, percebe nos direitos fundamentais requisito para participação da sociedade nos espaços públicos, a partir dos quais os direitos individuais de liberdade podem ser estruturados. Nesta medida, participação e diálogo social colocam-se como elementos basilares para formar as vontades coletivas, apresentando-se o Estado como um mediador de interesses, cabendo-lhe oferecer condições para que as convicções possam ser firmadas de modo a permitir aos indivíduos construir uma base consensual acerca dos objetivos comuns a todos.⁶⁰ Ao contrário da compreensão liberal de democracia, contudo, o pensamento republicanista sustenta que os consensos sociais são formados dentro da própria comunidade, não dependendo da mediação estatal para surgir.

⁵⁸ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 78-79.

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE. La Democracia como Principio Constitucional. *Op. cit.*, p. 121.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 278 - 280. É característica comum às teses que se identificam com o republicanismo a exaltação das virtudes cívicas, que permitem a convivência na esfera pública conduzindo a todos na busca pelo bem comum. AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-18.

A defesa que Böckenförde faz quanto à necessidade de o povo ser considerado em sua integridade reflete esta característica do modelo teórico que tem no entendimento mútuo uma premissa lógica para que se formem as vontades coletivas. Isto demanda a composição de uma base comum de interesses para que, então, se possa colocar em marcha o processo de participação da sociedade no cenário político estatal, dando voz a seus reclamos.⁶¹ No republicanismo, a Constituição não gera, mas é produto da vontade dos indivíduos, a qual emerge de um processo inclusivo de formação de opiniões, e se volta à auto-limitação das vontades individuais como maneira de viabilizar a vida social.⁶²

Uma primeira crítica ao republicanismo se encontra na defesa da visão democrática liberal feita por John Rawls, que manifesta uma profunda descrença na capacidade de espontânea articulação social a partir de valores e objetivos comuns. Para o autor, “(...) uma sociedade política democrática não possui tais valores e objetivos comuns, afora aqueles que fazem parte ou estão ligados à própria concepção política de justiça.”⁶³ O único elemento que pode ser identificado como algo originariamente comum às sociedades é um sentimento de *justiça*, que reflete uma vontade racional de alcançar o bem de todos e que orienta e limita as vontades e reivindicações individuais, influenciando, conseqüentemente, a formação de consensos.⁶⁴

Dentre as críticas que Habermas formula a este modo de se pensar a teoria democrática importa ressaltar sua incompatibilidade com a defesa do pluralismo. Para este autor, o republicanismo, ao exigir a formação prévia de consensos, se opõe ao reconhecimento de grupos minoritários ou marginalizados, cuja capacidade de articulação e interferência na esfera pública é bastante reduzido, senão nulo. Há que se destacar, contudo, que nem todos os autores identificados com a corrente republicanista concebem a sociedade

⁶¹ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 284.

⁶² Assim se busca construir uma democracia participativa, onde se faça presente o incentivo ao auto-governo dos cidadãos. AGRA. *Republicanism*. *Op. cit.*, p. 17. HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 160.

⁶³ RAWLS. *Justiça como Equidade*. *Op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ RAWLS. *Justiça como Equidade*. *Op. cit.*, p. 32-33.

como um todo harmônico. Para Günther Frankenberg o extrato social, em verdade, se forma pela junção de indivíduos necessariamente diferentes, o que, por si, é uma fonte potencial de conflitos. Isto não implica, entretanto, na absoluta impossibilidade de integração em torno de objetivos comuns: “A estrutura de conflito de sociedades modernas, cunhada por oposições de interesses, heteronomia de valor e por uma plenitude de projetos de vida, bem como a práxis de conflito indicam que se mantenha a possibilidade de uma integração por meio de conflito (...)”⁶⁵

Segundo Frankenberg, há diferentes tipos de conflitos: alguns geram desintegração, outros fornecem a possibilidade de se criar laços. Conflitos que admitem negociações permitem a formação de consensos: “Esses conflitos de divisão podem ser regulados, aplainados e civilizados comparativamente sem problemas, em razão da estrutura de seu projeto e do menor empenho.” Renunciando-se à idéia de validade ilimitada em uma associação e à exclusão dos outros, conflitos indivisíveis movem-se em direção à divisibilidade, validando, assim, as teorias do pluralismo.⁶⁶

Embora reconheça a pluralidade e o conflito como elementos intrínsecos à formação das sociedades, o modelo de Frankenberg não dá conta da questão que envolve a capacidade individual de participar nos espaços de debate e de negociar. Assim, as acomodações necessárias que permitem construir consensos sociais são realizadas sem controle, sem que se faça presente algum mecanismo capaz de neutralizar as paixões individuais, o que abre espaço para o predomínio de interesses privados que não se orientem pela busca de um bem comum.⁶⁷ Questões como estas dificultam a necessária conciliação entre constitucionalismo e democracia, já que evidenciam a possibilidade de um regime político ser excludente ou vir a ser usado patologicamente, abrindo-se margens para abusos. As insuficiências do

⁶⁵ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 175.

⁶⁶ FRANKENBERG. *A Gramática da Constituição e do Direito*. *Op. cit.*, p. 178.

⁶⁷ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 284 - 285.

republicanismo não devem, contudo, levar a uma necessária exaltação do pensamento liberal. Em verdade, também este apresenta incoerências que tornam difícil sua intransigente defesa.

A visão liberal realça a importância dos direitos privados, figurando os direitos fundamentais como verdadeiras liberdades negativas, qual seja, instrumentos protetivos contra indevidas intervenções estatais. A escolha de representantes por meio de eleições constitui-se uma oportunidade para os cidadãos formarem corpos políticos cuja tarefa é agregar os interesses individuais. Vontades coletivas, sob este ponto de vista, são formadas por intermédio da atuação de governos e parlamentares que assumem o papel de mediadores entre cada pessoa.

Nesta medida é que, explica Habermas, consistem os direitos políticos, sob a ótica liberal, condição para que os cidadãos possam conferir validade a seus interesses particulares, de maneira que estes se agreguem a outros interesses privados formando uma vontade coletiva.⁶⁸ Daí que, ao contrário da democracia republicanista, o consenso entre os membros de uma coletividade não nasce nela mesma, mas vai se formar perante o aparato estatal, que se desincumbe da tarefa de agregar as vontades privadas.

Os direitos fundamentais, segundo esta concepção, apresentam-se como garantias de acesso aos espaços estatais e de controle sobre os atos de seus membros. Tal controle é exercido principalmente pelo voto, que se apresenta como a medida da participação social: “O êxito nesse processo é medido segundo a concordância dos cidadãos em relação a pessoas e programas, o que se quantifica segundo números de votos. Ao votar, os eleitores expressam suas preferências.”⁶⁹

Um problema ínsito a esta vertente reside na maneira como o sistema representativo é posto em movimento. Incentiva-se uma competição entre coletividades que lutam por cooptar mais adeptos às suas convicções, forma única de angariar maiores espaços no cenário

⁶⁸ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 279. RAWLS. *Justiça como Equidade. Op. cit.*, p. 207.

⁶⁹ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 283.

político estatal. O sucesso é medido pela quantidade de pessoas que, ao expressar suas preferências, aderem a uma ou outra proposta. As decisões dos eleitores, sustenta Habermas, “(...) têm a mesma estrutura dos atos de escolha feitos pelos participantes de um mercado.”⁷⁰ Conseqüência desta realidade é que as leis elaboradas apresentam-se como produtos de acordos políticos e não reflexo de qualquer vontade comum, posto que tributárias de compromissos que nem de longe refletem orientações pautadas em interesses identificáveis na comunidade.

Outra dificuldade está em que, na visão liberal, direitos de participação são requisito para a democracia, figurando as Constituições, na parcela a estes dedicada, como fundamento para a implementação de regimes democráticos. Por outro lado, a maneira como são percebidos os direitos clássicos de liberdade os coloca no papel de limitadores da prática democrática, na medida em que criam barreiras para a participação e plena expressão de vontades individuais.⁷¹ E este problema se agrava diante das desigualdades sociais típicas das sociedades modernas capitalistas, o que dificulta enormemente a presença de um mínimo equilíbrio entre as pessoas a permitir a concorrência de vontades e, conseqüentemente, a capacidade de influenciar - ou mesmo ter acesso a - seus representantes.⁷²

Ademais - acrescenta tendo por referência especificamente a teoria de Rawls - há uma contradição no momento em que se combinam a plena liberdade de autodeterminação e o sistema representativo, vinculando a livre expressão da primeira à presença de instituições intermediárias. Como defender que cidadãos plenamente autônomos sejam representados por agentes aos quais falte esta mesma autonomia? E como garantir que as vontades individuais,

⁷⁰ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 283.

⁷¹ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 159.

⁷² HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. *in A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 302.

livremente formadas, não sejam manipuladas, senão restringindo a liberdade de outros - os seus representantes?⁷³

Em lugar destas duas concepções de democracia, Habermas sugere uma via intermediária, que colhe elementos em ambas de modo a superar suas incoerências internas. Sua teoria deliberativa - ou discursiva - da democracia confere destaque ao processo de formação da vontade e da opinião e deposita suas esperanças não na ação coletiva dos indivíduos ou em sua capacidade de articulação, mas na existência de procedimentos institucionalizados por meio dos quais seja possível captar as vontades sociais e controlar sua manifestação. Assim, afasta-se da noção republicana de que a Constituição é fruto de um acordo de vontades entre pessoas que pretensamente só querem o bem de todos,⁷⁴ da mesma forma como rejeita a idéia liberal que afirma deveram as vontades individuais ser confiadas aos representantes, aos quais é dado construir artificialmente uma vontade comum.

Como no liberalismo, admite que a formação das vontades coletivas se dá no espaço público, embora não necessariamente por intermédio do sistema representativo e certamente não de forma indireta e artificial. Em verdade, espera que os interesses individuais possam ser expostos e discutidos em instâncias públicas, por intermédio de canais comunicativos institucionalizados nas Constituições, de modo que opiniões consensuais possam ser construídas como resultado do uso público da razão.

Entende que o recurso a procedimentos funciona como um limite para paixões e egoísmos privados, de modo que a formação das vontades políticas sociais não depende da interferência de homens virtuosos, ao contrário. Os freios procedimentais, neste turno, devem

⁷³ HABERMAS, Jürgen. Reconciliação por meio do uso público da razão. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 69.

⁷⁴ Cumpre destacar que alguns autores republicanistas rejeitam esta idéia, afirmando que na Constituição não residiria um consenso originário a orientar as futuras decisões. Os acordos de vontade, em verdade, seriam construídos mediante ações comunicativas que se desenvolvem cotidianamente e se renovam periodicamente. Desta forma, a crítica de Habermas, neste ponto, estaria equivocada. Assim pensa, por exemplo, Günther Frankenberg, para quem: "Difícilmente se pode falar, segundo a concepção dos pais constitucionais e intérpretes atuais, em um *codex* de valor ou substancial consenso positivo de valor ancorado na Constituição." FRANKENBERG. *A Gramática da Constituição e do Direito*. *Op. cit.*, p. 162.

ser suficientes para permitir que os seres humanos, mesmo com sua propensão a desvios e abusos, consigam construir, em espaços públicos e por meio da atuação discursiva, consensos: “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito.”⁷⁵

As instâncias procedimentais referidas por Habermas podem residir tanto nos Parlamentos e no processo eleitoral quanto fora. Há espaços outros nos quais a formação das opiniões e o debate acerca delas pode acontecer e estes são encontrados em instâncias estatais, como órgãos administrativos ou o processo judicial, e extra-estatais, como variadas arenas sociais. Assim, “A formação de opinião que se dá de maneira informal desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável.”⁷⁶ Neste turno, a elaboração de leis seria o ato final de um processo formativo de vontades que pode contar com a mediação estatal, mas sempre deve ser fruto de um debate público canalizado em instâncias capazes de permitir o controle sobre as paixões e egoísmos privados.⁷⁷

Da teoria liberal Habermas aproveita ainda a parcela que afirma a necessidade de o sistema de direitos fundamentais garantir a existência de espaços adequados para exercício das liberdades, sem o que não seria possível manifestar livremente as vontades e, por conseguinte, estabelecer o diálogo social tendente à formação dos consensos. Assim, a

⁷⁵ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 288.

⁷⁶ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 289.

⁷⁷ As idéias de Habermas têm dado ensejo a variados debates, não sendo poucos os autores que, em diálogos construtivos, formulam restrições a elas. Sobre a defesa de instâncias procedimentais como canal para formação de vontades coletivas, Rawls alerta para o risco de estas permitirem a deposição de leis ou mesmo de dispositivos constitucionais. Isto se daria na medida em que se venha a conferir força excessiva às opções sociais consensualmente formadas, permitindo-lhes se sobrepor a escolhas legislativas. E explica que, embora haja regras especificando “(...) os procedimentos democraticamente exigíveis, os procedimentos em si não impõem nenhum limite ao conteúdo da legislação.” RAWLS. *Justiça como Equidade. Op. cit.*, p. 205-206. Há que se destacar, contudo, que a teoria habermasiana defende a submissão geral à Constituição, que se coloca como referencial primeiro tanto para garantir a liberdade individual quanto para limitar seu exercício no espaço público, figurando os direitos fundamentais como barreiras para excessos que poderiam afetar direitos. O conteúdo da legislação, portanto, é restrito pela necessidade de se respeitar os direitos básicos que igualmente limitam as vontades coletivas.

autonomia da vontade depende da prévia afirmação de direitos capazes de assegurar o respeito aos espaços privados.⁷⁸ E a combinação de elementos desta com a teoria republicanista permite conceber uma maneira diversa para se conciliar democracia e constitucionalismo, idéias que longe de se excluírem, mostram-se complementares.

Na medida em que as Constituições estabelecem formas para a comunicação, permitindo um uso público da razão e o recíproco entendimento, elas mesmas adquirem um sentido procedimental. Nesta linha, “(...) os direitos fundamentais passam a ser tidos como respostas derivadas de exigências inerentes a uma comunicação política entre estranhos, que faz supor que tais direitos são racionalmente aceitáveis.”⁷⁹

A definitiva conciliação entre democracia e constitucionalismo, no seio do Estado Democrático, se dá a partir de duas premissas: a livre adesão dos destinatários das normas e o reconhecimento destas como o parâmetro regulador da convivência. No primeiro caso, a legitimidade dos atos estatais é reconhecida na proporção em que seus destinatários, sob as condições de um discurso racional e sem interferências externas, a eles aderem e em torno deles se reúnem. E somente um discurso racional, operacionalizado pela via dos canais comunicativos procedimentais, é capaz de fundamentar aqueles atos. A segunda premissa se faz presente quando os participantes do processo político se comprometem a assumir a ordem jurídica constitucional como parâmetro regulador da convivência social. Afirma-se, aqui, a máxima de que “(...) ninguém é livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da igual liberdade sob as leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional.”⁸⁰

Daí que, sob a ótica discursiva habermasiana, os direitos fundamentais não devem ser compreendidos como uma tentativa de constranger as pessoas a serem boas ou sempre desejarem o bem comum. Em verdade, eles não devem interferir na esfera individual privada

⁷⁸ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 154-155.

⁷⁹ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 190.

⁸⁰ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 162.

(embora lhes compita garantir a sua existência), mas sim impor comportamentos públicos, cuidando para que estes se pautem no mais profundo respeito pelo outro e tolerância com as diferenças. Nesta medida é que a participação social nos espaços públicos deliberativos somente pode ocorrer adequadamente se antes for garantida a capacidade de autodeterminação, permitindo-se formar livremente as vontades privadas, cabendo aos canais procedimentais filtrar estas vontades, limitando seu exercício nos cenários coletivos. Nas palavras do autor:

Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas de direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.⁸¹

Tais limitações - que somente atingem os indivíduos na esfera da vida pública - têm por base uma legitimidade que se constrói discursivamente, mediante a participação de todos os interessados por intermédio dos canais comunicativos institucionais. E o debate público capaz de legitimar o sistema legal e constitucional só pode acontecer se a autonomia privada for garantida, maneira única de conferir ao produto da atividade legislativa níveis mínimos de racionalidade. É nesta medida que o autor entende serem democracia e constitucionalismo interdependentes, da mesma forma como o são autonomia privada e liberdades públicas.⁸²

As pretensas limitações decorrentes do constitucionalismo se apresentam, pois, como condição para gênese da sociedade estatal, restringindo o arbítrio, controlando as paixões e permitindo que homens diferentes, imperfeitos e egoístas possam conviver e se tolerar.⁸³ O constitucionalismo atual, portanto, se propõe a permitir a coexistência pacífica das diferenças mediante o controle dos egoísmos privados, não a ponto de aniquilar a própria individualidade de cada pessoa, mas de modo a garantir que, nos espaços públicos institucionais, possam se

⁸¹ HABERMAS. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. *Op. cit.*, p. 301-302.

⁸² HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 172-173.

⁸³ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 171.

realizar debates e formar consensos racionais que legitimem os atos estatais, dentre os quais se inclui a própria Constituição.

1.3. A legitimidade da Constituição do pluralismo

Se, de um lado, a tarefa de acomodar opiniões e reivindicações não raro conflitantes poderia enfraquecer os sistemas constitucionais contemporâneos, por outro acaba se apresentando como fundamental fonte para sua *legitimidade*, na medida em que surge como o fiel neste jogo de forças, onde a tolerância e o respeito mútuos em vários momentos têm que ser impostos coercitivamente. Daí que, justamente por serem um espaço onde se busca inscrever as condições suficientes para acomodar esta tensão latente em toda *societade plural*, figuram as Constituições atuais como instrumento indispensável para as democracias. Afinal, são concebidas de modo a fornecer as bases conceituais e jurídicas a partir das quais a comunidade política se capacita a implementar um sistema comunicativo suficiente ao alcance de consensos em torno de ideais compartilháveis.

Na acepção aqui sustentada, elemento essencial à legitimidade das Constituições é sua competência para fornecer condições para que vontades plurais possam ser acomodadas, garantindo a presença de espaços institucionais aptos a suprir adequadamente as diferentes reivindicações dos grupos sociais e viabilizar, na maior medida possível, a tutela de seus direitos.⁸⁴ Como explica Bobbio, a realidade das décadas recentes evidencia a formação de uma sociedade onde coexistem variados centros de poder, com o que se desmancha a idéia antiga de um núcleo único de poder identificado com uma vontade nacional.⁸⁵ Flexibilidade para acomodar as diferentes reivindicações articuladas nestes variados segmentos sociais é

⁸⁴ Sobre a defesa da diversidade como um valor essencial às democracias contemporâneas veja-se o texto de DENNINGER, Erhard. *Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo?* in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 27-34.

⁸⁵ BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. *Op. cit.*, p. 36.

uma característica que se deve, portanto, agregar às Constituições contemporâneas sob pena destas não refletirem a realidade social que as circunda.

Esta é uma idéia que se afina com a defesa do pluralismo feita por Gustavo Zagrebelsky, para quem as Constituições devem estar abertas a valores diferentes - e até conflitantes - de modo a permitir a expressão dos variáveis interesses de uma sociedade plural:

La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencia posibles (...) Solo así podremos tener constituciones ‘abiertas’, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.⁸⁶

O reconhecimento da necessidade de se positivar direitos fundamentais dos mais variados matizes contribui para que se consolide a certeza de que a ordem estatal não pode prescindir de um documento escrito e solene que congregue os anseios e expectativas de grupamentos humanos reunidos sob um governo comum.⁸⁷ Isto não autoriza concluir, contudo, que a simples existência de uma Constituição seja, por si só, capaz de permitir o surgimento de uma nação e a coexistência pacífica de povos, ou de sustentar regimes políticos.⁸⁸ Em verdade, este documento, desde sua idealização séculos atrás, carrega forte carga simbólica que pode ou não ser acompanhada de efetiva autoridade e respeito, além de se

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 17. Naturalmente, reconhece o autor, a convivência de valores por vezes verdadeiramente conflitantes pode gerar dificuldades, em especial no que pertine à sua efetivação. Isto, contudo, é uma questão atinente à *política constitucional*, ou seja, ao momento em que se procura colocar em prática, da melhor maneira e na maior proporção possível, os direitos plasmados nos textos constitucionais. No instante em que estes são elaborados, contudo, não se deve deixar de lado qualquer dos valores socialmente relevantes, ao argumento de que originariamente conflitantes, cabendo assumir um compromisso de possibilidades que abra a Constituição para participação de todos os atores sociais.

⁸⁷ E, sob esta perspectiva, busca-se deixar claro que a premissa aqui estabelecida se centra na pertinência e mesmo na necessidade das Constituições para os regimes democráticos, não sendo possível, contudo, adentrar no âmbito das discussões que sobre o assunto se desenvolvem e por vezes colocam em dúvida a concepção que sustenta residir nos textos constitucionais o fundamento das ordens jurídicas. Sobre a vertente norte-americana do embate, que opõe defensores e detratores da Constituição, dá notícia o texto de WALUCHOW, W. J. A common law theory of judicial review. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007. p. 117-139.

⁸⁸ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 167.

escorar em bases que transcendem ao Direito, não sendo dado à Teoria Constitucional ignorar elementos inerentes às conjunturas social ou política.⁸⁹

As Constituições atuais concentram os catálogos de direitos fundamentais de cada povo, funcionando como um conjunto de valores sociais positivados e revestidos de larga força normativa. A proteção conferida a semelhante rol de direitos, idealizados com o propósito de atender a necessidades que os diversos segmentos sociais consensualmente reconhecem como carentes de satisfação,⁹⁰ permite enxergar em seus textos um momento conciliatório. E neste ponto reside - assume-se o risco de afirmar - o principal aspecto que, sob a ótica presente, pode ser reputado como fundamento para a *soberania constitucional*. Em outras palavras, a preponderância, a força moral e jurídica das Constituições decorre do fato de serem concebidas como o ponto de equilíbrio dos interesses sociais, arcabouço dos direitos fundamentais de todos os homens e, portanto, condição para a democracia.⁹¹

Como sustenta Fioravanti, mirando nos regimes políticos europeus que primeiro buscaram dar vida à realidade aqui analisada, os sistemas jurídicos que a partir dos anos pós Segunda Guerra ganham forma caracterizam-se como *democracias constitucionais*, “(...) es decir, democracias dotadas de una precisa identidad por estar dotadas de una constitución en la que se encuentran expresados los principios fundamentales que caracterizan al mismo régimen político.”⁹² A identidade entre as aspirações sociais e a pauta de direitos consagrada nos textos positivados, figurando as Constituições como testemunha da vontade coletiva social, configura dado inafastável para o reconhecimento da autoridade constitucional.⁹³

⁸⁹ Ou, nas palavras de Manuel Aragón Reyes: “(...) la Constitución democrática descansa, más que ninguna otra, no sólo en las garantías políticas y jurídicas, sino, sobre todo, en las garantías sociales, esto es, en la aceptación popular de la Constitución.” REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como Paradigma* in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 36.

⁹⁰ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 171.

⁹¹ Segundo Luis Prieto Sanchís, a supremacia constitucional pode se justificar na necessidade de preservar os direitos fundamentais, assim como assegurar a formação democrática das decisões políticas. SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 138-139.

⁹² FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 162.

⁹³ DENNINGER. *Diversità, Sicurezza e Solidarietà*. *Op. cit.*, p. 11.

Há que se ressaltar, porém, que a realidade vivenciada em vários momentos e países já deixou bastante claro que não basta afirmar direitos e prometer benefícios para o povo. Uma Constituição não possui autoridade por si só; em verdade, a história recente mostra como é fácil reduzi-la a um texto sem sentido, pedaço de papel desprovido de qualquer significado prático. A autoridade, a força jurídica, política e moral de uma Constituição se fazem presentes na medida em que esta se mostra capaz de corresponder aos anseios dos grupos sociais que sob sua tutela vivem, fornecendo a base teórica e o instrumental jurídico necessários para que suas reivindicações possam ser formuladas. Neste sentido aponta o pensamento de Müller ao sustentar que legitimidade é fruto de um *processo* contínuo, não podendo ser identificada com uma substância, uma essência ou mesmo uma qualidade de textos constitucionais.⁹⁴

Sob a orientação de uma teoria discursiva da democracia, não se consegue creditar a autoridade e a supremacia das Constituições exclusivamente a um poder constituinte soberano - cuja manifestação demanda a existência de um consenso social prévio - ou à infinita capacidade do sistema representativo de dar voz aos interesses de cada indivíduo - entendendo-se que as vontades individuais são confiadas aos representantes cuja tarefa é construir artificialmente uma vontade comum.⁹⁵

É preciso, conseqüentemente, reconhecer que a supremacia das Constituições na ordem estatal é algo que decorre da junção de variados fatores, muitos dos quais somente se apresentam *após* a elaboração de seus textos, vindo a se agregar na medida em que se põe em marcha a vida constitucional. Existem, por certo, caminhos indiretos por cujo intermédio se pode reduzir a distância entre os textos e a realidade constitucional, “(...) entre a promessa e a

⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 107.

⁹⁵ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 160-161.

realidade (...)",⁹⁶ permitindo uma participação democrática subsequente ao nascimento das Constituições suficiente a lhes revestir da necessária autoridade.

1.3.1. Representação popular como fonte de legitimidade constitucional: um mito?

Hoje poucos se arriscam a afirmar que Constituições *brotam do vazio*, como fruto de uma radical ruptura com um sistema jurídico-político pré-existente,⁹⁷ quase como se sua configuração acontecesse espontaneamente. Joseph Raz explica que, em regra, as Constituições devem seu nascimento à atuação de agentes políticos já instituídos, personagens que retiram sua legitimidade de uma ordem jurídica previamente formada. Mesmo países que, após um processo de ruptura, revolucionária ou não, criam um novo sistema jurídico, em regra o fazem a partir de uma ordem jurídica anteriormente em funcionamento, por meio de um sistema representativo e de instituições estatais de alguma forma herdada de seus antigos dominadores (e aqui se pode pensar nos países do leste europeu e seu processo de democratização, passado nos anos 1990).⁹⁸

Por isso (embora não seja esta a conclusão de Raz⁹⁹), dificilmente podem ser compreendidas como produto de uma direta intervenção popular, capaz de ditar os mais

⁹⁶ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 50.

⁹⁷ Com a ressalva, naturalmente, de uma forma de explicar as raras situações, na história do mundo moderno, em que o surgimento de uma Constituição representou uma verdadeira ruptura com tudo que existisse previamente e, no exercício de um poder verdadeiramente revolucionário, construiu-se o novo a partir do vazio. Autores como Antonio Negri ou Georges Burdeau afirmam que apenas nestes casos (que o primeiro autor circunscreve às Revoluções Americana, Francesa e Russa) há real manifestação de poder constituinte, efetiva produção de uma ordem jurídica a partir da vontade popular. NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7-56. BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 20. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. p. 88.

⁹⁸ RAZ, Joseph. Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007. p. 15.

⁹⁹ Raz sustenta que as autoridades jurídicas possuem legitimidade e são capazes de transferi-la para os textos legislativos que criam (inclusive as Constituições) por sua existência e força se encontrarem moralmente justificadas. Esta concepção, contudo, pressupõe uma aceitação prévia, pela comunidade, destas autoridades jurídicas, reconhecendo-lhes capacidade de em seu nome validamente se manifestar, o que, novamente, conduz à certeza de que as Constituições já nascem dotadas de legitimidade e supremacia, por serem repositório desta força moral que, em última instância, acaba por emanar do povo. RAZ. Sobre la autoridad e interpretación... *Op. cit.*, p. 15-16.

cuidadosos detalhes acerca da maneira como se pretende, daquele instante em diante, ver conduzida a vida estatal. Afinal, mesmo que se acredite na fidelidade de representantes para com seus representados, como lembra Friedrich Müller, nem todos os cidadãos são habilitados a votar e, dentre os que são, nem todos participam do processo eleitoral. Mais ainda: quem são as pessoas que se escondem por trás da chamada *opinião pública*, força que freqüentemente consegue conduzir a formação de maiorias?¹⁰⁰

Em verdade, o nível de participação social que os sistemas representativos permitem limita a interferência dos indivíduos a manifestações segundo procedimentos e regras previamente definidos, pelo que, não raro, somente grupos suficientemente organizados conseguem encontrar espaço para formular suas reivindicações, fazendo constar nos textos normativos os valores que lhes são caros. Grupos que, a experiência democrática demonstra, não representam a maioria da população nem se encontram abertos a todos os segmentos societários. Neste sentido aponta a afirmação de Bobbio:

Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central.¹⁰¹

Tanto países de baixa tradição democrática e pequena capacidade de mobilização social, como o Brasil, quanto aqueles dotados de instituições políticas mais avançadas e consolidadas, precisam lidar com um grave distanciamento entre eleitores e partidos políticos.¹⁰² Olhando especificamente para a realidade espanhola dos anos 1990, Maria Luisa

¹⁰⁰ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 49.

¹⁰¹ BOBBIO. *O Futuro da Democracia. Op. cit.*, p. 35. A crítica que Schmitt faz nos anos 1920 ao sistema representativo perpassa, em grande medida, por semelhantes questões. Embora trabalhe com um conceito diverso e basilar à sua teoria democrática - o de *identidade* entre governantes e governados, sua análise do modelo traz à baila os problemas inerentes à dificuldade em se permitir o protagonismo dos atores sociais, seja pelo seu fechamento a sem número de indivíduos, seja pelo esfacelamento do Parlamento, cindido em razão dos diversos e discrepantes compromissos assumidos com variados grupos sociais. SCHMITT. *Teoría de la Constitución. Op. cit.* p. 221-223; 230-231.

¹⁰² Mesmo na democraticamente avançada Alemanha do final dos anos 1990 este problema podia ser identificado, destacando Dieter Grimm o grave distanciamento existente entre os eleitores e os partidos políticos,

Balaguer Callejon afirma ser o produto da atividade legislativa não algo que reflita a racionalidade de uma vontade geral popular, mas um pacto de interesses diretamente relacionado à capacidade de cada grupo politicamente representado de impor suas vontades, situação que evidencia o predomínio na prática política de uma postura liberal.¹⁰³

Posta à mesa tal realidade, fica difícil continuar a viver sob a ilusão de regimes onde a direta participação social na composição dos diplomas normativos seja algo corriqueiro, ou nos quais os mecanismos de representação sejam perfeitos, capazes de espelhar precisamente as vontades do povo. Em verdade, como sustenta Habermas, as escolhas feitas no processo eleitoral “(...) têm a mesma estrutura que os atos eletivos de participantes do mercado voltados à conquista do êxito.”¹⁰⁴ É um jogo de interesses que reduz a atuação dos representantes à defesa de alguns grupos, em desprezo ao que possa ser identificado como um interesse coletivo. Conseqüência disto é se verem alijados do processo político todos aqueles que não possuam força suficiente para se organizar e entrar na disputa por um espaço no cenário representativo.¹⁰⁵

Reconhecer semelhante realidade tem por conseqüência o repúdio a algumas crenças arraigadas na cultura do constitucionalismo. Em verdade, aceita esta linha de raciocínio, abre-se espaço para que duas alternativas se coloquem: ou se admite, como Luis Prieto Sanchís, que não há como abrir mão de algumas ficções (como supor que na Constituição ressoa a voz do povo soberano)¹⁰⁶, ou se sustenta que *as Constituições não trazem em si mecanismos*

que, findas as eleições, fecham-se em torno dos órgãos de governo e esquecem os compromissos firmados com a sociedade. GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 197-198.

¹⁰³ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 27.

¹⁰⁴ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁵ BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁶ Embora questione enfaticamente a presença de uma vontade popular na origem das Constituições, Sanchís acaba por sucumbir às ficções criadas desde as origens do constitucionalismo. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem: “Sin embargo, no hay por qué prescindir de las ficciones. (...) la experiencia histórica indica que Constitución y democracia representativa se nutren de una misma filosofía política, de una nueva ficción si se quiere. Y ésta no es otra que la idea del contrato social que se divulga a partir de los siglos XVII y XVIII y que evoca por igual el fundamento democrático del poder político y su limitación por los derechos naturales.” SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 143-147.

capazes de aferir sua validade, de modo que somente alcançam legitimidade no dia-a-dia de suas existências, na medida em que se mostram verdadeiramente capazes de fornecer os subsídios para compor os latentes e cotidianos conflitos sociais e permitir a formação, na máxima medida, de consensos sociais racionalmente sustentáveis. Nas palavras de Zagrebelsky:

La consecuencia es ésta: ha caído la presunción absoluta de legitimidad de la constitución. Su valor ya no es un *a priori* de la vida política y social. Se ha operado un derribo que no condena necesariamente a la constitución, pero que le impone una conversión: ya no es desde la constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino que es desde la realidad desde donde se debe mirar la constitución.¹⁰⁷

Esta maneira de se compreender a Constituição e seus fundamentos de validade, que muito se afina com as noções procedimentais habermasianas, ainda encontra resistências no pensamento jurídico, persistindo o embate entre teses liberais e republicanas, freqüentemente amparadas em idéias típicas dos primeiros anos do constitucionalismo. Mesmo assim, é interessante notar como juristas que não compartilham a opinião sustentada - e seguem em defesa da legitimidade das Constituições como um dado prévio, em geral fruto do exercício de um poder constituinte do povo - acabam por se dobrar à realidade ora esboçada.¹⁰⁸

1.4. Um novo papel para a jurisdição constitucional: a defesa do texto constitucional deixa de ser sua única tarefa

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 87.

¹⁰⁸ Assim se lê em García-Pelayo, por exemplo: “Ninguna constitución se muestra como algo acabado, sino como algo que abre y limita unas posibilidades sobre las cuales se va a desarrollar la existencia constitucional.” GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 441. Fioravanti, ao contrário de García-Pelayo, não acredita na sobrevivência da força revolucionária do poder constituinte, mas também não se permite concluir pela existência de um processo de constante legitimação constitucional, pois aposta na estabilidade das escolhas políticas - no que denomina legalidade constitucional - embora admita alguma abertura para o futuro. FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 162-163.

Se, então, as Constituições não nascem revestidas de uma legitimidade conferida pela direta participação popular, nem expressam em seus textos as vontades livremente manifestadas de toda a sociedade por meio de seus representantes, dependem de algo que a elas se venha agregar para, finalmente, alcançarem a posição cimeira no sistema jurídico e político estatal. Afinal, muito pouco representa para a vida dos cidadãos a proclamação de direitos e garantias, de promessas de vida pacífica e convivência harmônica, se estas não se convertem em reais benefícios. O que interessa, de fato, é a possibilidade de se encontrar vias procedimentais que permitam construir respostas - ou, ao menos, um início de resposta - para os problemas sociais e políticos dos tempos atuais.

Como, então, a conformidade entre os interesses dominantes na consciência social e os valores plasmados nos textos constitucionais pode ser aferida? Certamente não de forma estática, em uma análise meramente teórica, mas sob os influxos da dinâmica do acontecer constitucional, nos momentos em que seus comandos são invocados para resolver as questões do dia-a-dia da vida humana. Daí se sustentar que *a legitimidade constitucional e, conseqüentemente, sua soberania, não são dados prévios, mas conquistas que se materializam na medida em que as previsões inscritas nos textos efetivamente são convertidas em vantagens para a coletividade*, refletindo os anseios sociais por liberdade, igualdade ou justiça social. Neste sentido aponta o pensamento de Gustavo Zagrebelsky, para quem a legitimidade das Constituições depende não da legitimidade de quem as tenha feito ou por seu intermédio falado, mas da sua capacidade de oferecer respostas adequadas ao tempo presente, ou, mais precisamente, da capacidade da ciência e da prática constitucional buscar e encontrar nelas respostas para os problemas dos homens.¹⁰⁹

As Constituições precisam ser concebidas de maneira a fornecer canais institucionais que permitam a manifestação social e a formação de consensos, mecanismo indispensável,

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY. *Historia y Constitución. Op. cit.*, p. 88.

sob a ótica discursiva, para que se possa atender às necessidades e satisfazer aos cambiantes interesses que se apresentam na existência cotidiana dos povos. Nesta medida é que se afirmam como o elemento chave das ordens jurídica, política e social, na proporção em que se mostram aptas a fornecer as bases conceituais para estruturar a vida coletiva, seja na esfera pública ou privada, nas relações dos indivíduos com os poderes políticos, ou entre si.¹¹⁰

Na medida em que se sustenta depender a legitimação constitucional de sua habilidade para atender aos fluidos interesses de grupos sociais muitas vezes antagônicos, deve se ter em mira que dar concretude a este ideal depende da existência de mecanismos que permitam aproximar as Constituições de seus destinatários, sem o que jamais estes conseguiriam dar voz a suas reivindicações. Afinal, *o processo de legitimação constitucional sempre deve se iniciar na sociedade*, na medida em que são os indivíduos que exercem o poder e dão corpo à ordem política.

Assim sendo, a abertura de *instâncias de mediação* entre os órgãos estatais e a comunidade apresenta-se como elemento essencial, a permitir que as promessas inscritas nos textos constitucionais se materializem de uma forma capaz de satisfazer as expectativas de presentes e futuras gerações. Só assim, estimulando-se a participação dos reais titulares dos direitos constitucionais no seu processo de concretização, é possível aproximar a comunidade deste diploma normativo, permitindo àquela moldá-lo em conformidade com seus interesses. E, desta forma, torna-se possível a real atuação dos indivíduos numa prática constitucional que, se não supre seu distanciamento do processo legislativo constituinte, certamente permite às gerações presentes, por meio de uma atividade construtiva, garantir às Constituições uma legitimidade que as teses liberais e republicanas têm dificuldade em sustentar.

¹¹⁰ Logo, a força das Constituições decorre de sua capacidade de refletir a realidade vigente e atender às necessidades atuais da população, sendo de menor relevância a maneira como esta realidade chegou a ser plasmada em seu texto, se por mecanismos de participação direta, se pela via da representação partidária ou pela benesse de algum governante.

Mas quem é esse *povo* que busca construir uma vontade comum, forjando condições para a coexistência das pessoas que lhe dão forma; quem é esse *povo* em cujo nome são proclamados direitos e fundadas nações?

Müller sustenta que as concepções tradicionais o identificam como uma noção que se constrói empiricamente, complexa e artificial, que se volta muitas vezes a explicar uma realidade já manifestada. Longe de ser um conceito apenas semântico, é apreendido pelo sistema jurídico e político, não raro aparecendo no corpo de normas e documentos constitucionais.¹¹¹ E a partir de sua base jurídica forma-se a idéia corrente que secciona a sociedade, dela extraindo uma parcela denominada de *povo ativo*, expressão que identifica aqueles reconhecidos como aptos a eleger assembleias constituintes, participar de eleições ou decidir diretamente sobre questões legislativas por meio de plebiscitos e referendos.¹¹² Em resumo, *povo* passa a ser sinônimo de *eleitor*.

Interessante notar ser idéia central no pensamento jurídico que dá suporte a esta concepção de democracia a certeza de que ao povo cabe o direito de se autodeterminar, com o que se afirma lhe ser dado estabelecer quem pode ser considerado parte dele mesmo. Conseqüentemente, é um conceito que já nasce excludente e permite legitimar, desta feita, a segregação social, reconhecendo-se status diferenciados para diversas *categorias* de cidadãos.¹¹³

Com esteio em semelhantes críticas, Müller se habilita a afirmar que o verdadeiro sentido de povo só pode ser alcançado deixando de lado os padrões legislativos e teóricos com os quais se costuma defini-lo. Mais ainda, qualquer tentativa de identificá-lo a partir do grau de influência que as pessoas possam exercer no processo decisório da política estatal tende a conduzir aos mesmos problemas, na medida em que abre espaço para a exclusão, criando-se cidadãos de diferentes níveis hierárquicos. Em verdade, reconhecer ao termo povo significado

¹¹¹ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 83.

¹¹² MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 55-56.

¹¹³ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 57-58.

inclusivo demanda que se o identifique não com os produtores, mas com os *destinatários* das prestações estatais, negativas e positivas.¹¹⁴

Assim é que a legitimação popular das Constituições não deve ser identificada exclusivamente com alguma espécie de participação ativa de indivíduos organizados no momento constituinte. Em verdade, a força soberana dos textos constitucionais decorre de sua abertura à sociedade que sob sua autoridade vive, afirmando a universalidade dos direitos em seu corpo proclamados e permitindo a todos o acesso a seus mecanismos protetivos. Daí que se reafirma ser a legitimidade das Constituições tributária não de alguma espécie de força criadora quase mística ou de uma enorme capacidade de articulação social que lhe dê origem, mas de sua aptidão a acomodar as diferenças e permitir o diálogo social por meio de procedimentos suficientes a viabilizar a formação de consensos racionais.

Mas como a sociedade pode tomar parte neste processo; como o diálogo social pode acontecer? Dentre os diversos espaços institucionais existentes - tanto dentro quanto fora da esfera governamental - um em especial tem demonstrado grande fôlego no cenário constitucional contemporâneo. A *jurisdição constitucional* cada vez mais aparece, em variados países, como uma alternativa bastante eficaz na tarefa de permitir o debate público, com o que assume um papel até não muito tempo atrás completamente estranho.

Proteger as Constituições, garantindo que os compromissos firmados em seus textos não possam ser arbitrariamente burlados, é uma preocupação que acompanha o constitucionalismo desde seus primeiros passos. Neste turno, controlar a conformidade dos atos praticados pelos titulares dos poderes políticos aos comandos constitucionais afigura igualmente uma forma de controlar o poder que o povo outorga a seus representantes. Assim é que o fundamento legitimador dos mecanismos elaborados com o propósito de salvaguardar

¹¹⁴ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 100.

as Constituições reside na mesma premissa que justifica a própria existência destas: limitar e controlar o poder.

Sob este prisma, a defesa das Constituições identifica-se como um postulado básico dos sistemas constitucionais, por cujo intermédio afirma-se a necessidade de se declarar ilícitos os fins contrários à ordem material sobre que se assentam as normas jurídico-positivas, mesmo quando os procedimentos utilizados para sua elaboração sejam democráticos. Esta atividade reguladora é vista como uma garantia para a sociedade, buscando-se, por seu intermédio, cuidar para que as barreiras impostas aos detentores do poder, inscritas na Constituição com o intuito de assegurar a integridade dos direitos de todos, sejam respeitadas. Evita-se, assim, que o direito positivo seja utilizado como mecanismo para aniquilar direitos, verdadeiro instrumento de arbítrio.¹¹⁵

Há que se ressaltar que a justificativa para a existência de mecanismos protetivos não se escora apenas em teses tradicionais que identificam soberania constitucional com a expressão de uma vontade geral do povo. Em verdade, qualquer que seja o fundamento apresentado para sustentar a posição soberana das Constituições, deste aspecto basilar que às mesmas reveste decorre, inevitavelmente, a certeza quanto à necessidade de mecanismos capazes de garantir a integridade de suas normas. Aliás, não parece exagero afirmar que toda a discussão sobre soberania constitucional se resolve em um propósito: *assegurar que as Constituições não sejam violadas pelos poderes políticos*.¹¹⁶ Afinal, as dificuldades enfrentadas para consolidar sua autoridade são justificadas pela premência em se garantir a subordinação daqueles que exercem as funções de governo e é evidente que este fim somente é atingido quando se fazem presentes mecanismos capazes de certificar que todos os atos destes personagens se encontrem vinculados aos parâmetros ditados pelas Constituições.

¹¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 39.

¹¹⁶ SANCHIS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 149.

Antes, porém, de seguir na construção do raciocínio, uma observação se faz necessária. Da autoridade reconhecida às Constituições decorre a certeza de que seus dispositivos precisam ser preservados face aos atos comuns ao exercício do poder estatal. Esta autoridade, que aqui se identifica como *soberania constitucional*, não se confunde, por certo, com o elemento *rigidez*, aspecto que se materializa pela obrigatoriedade de processos específicos para alteração do texto constitucional. O reconhecimento às Constituições de um lugar na cúpula da ordem jurídica não deve implicar na proibição de qualquer espécie de mudança em seu conteúdo. Esta, aliás, é mais uma certeza que se constrói no período revolucionário, no nascedouro do constitucionalismo.¹¹⁷

Cabe às próprias Constituições determinar os procedimentos que devem ser observados para a revisão de seus textos, indicando maior ou menor solenidade, ou que assuntos podem ser objeto de deliberação. Com isso, abre-se a possibilidade de as gerações futuras buscarem adequar os parâmetros constitucionais a seus próprios interesses, sem implicar em ruptura da ordem normativa vigente. Qualquer alteração pela via reformadora que obedeça aos requisitos formais e limites materiais traçados nas Constituições é válida. O que não se pode admitir são medidas que acabem por negar aplicação à normativa constitucional, seja revogando tacitamente seus comandos, seja criando exceções ao sistema por ela instituído.¹¹⁸ Como explica Sanchís:

Rigidez y supremacía son, pues, cuestiones diferentes y por eso deben separarse cuidadosamente las críticas a la rigidez constitucional de las críticas a la superioridad (...) La supremacía constitucional, que no su rigidez, es desde esta perspectiva una exigencia que deriva de la idea de Estado de Derecho, esto es, de la idea según la cual los poderes deben actuar con arreglo a unas normas previas y conocidas;¹¹⁹

¹¹⁷ ESMEIN, Adhemar. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 5. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909. p. 510.

¹¹⁸ Bachof é um dos autores a fornecer subsídios para esta diferenciação, ao sustentar que a ultrapassagem dos limites à revisão implica na elaboração de normas constitucionais inconstitucionais, viciadas na medida em que contrapostas a parâmetros traçados originariamente na Constituição. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. 1. ed. reimpressão. Trad. J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 13-14.

¹¹⁹ SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 153.

Assim é que, assentada a convicção na necessidade de assegurar que a soberania constitucional não reste como mera proclamação vazia de eficácia, a grande dúvida que se coloca é: *quid custodet custodes?*¹²⁰ Aos dois primeiros países a instituir um regime constitucional - Estados Unidos e França - coube indicar os caminhos a serem trilhados para resolver este problema. As alternativas norte-americana - que logo firmou sua opção por um sistema protetivo pautado na atuação jurisdicional - e européia - com sua tortuosa evolução, das teorias revolucionárias francesas até o sistema austríaco de justiça constitucional e seu posterior aperfeiçoamento - partiram do mesmo ponto, da mesma pergunta, seguiram rumos em princípio fortemente distintos e nos últimos anos voltaram a se tocar, lembrando suas origens comuns.

Nesta caminhada, pensadores de ambos os lados do Atlântico erigiram relevante arcabouço conceitual com o intuito de justificar a opção que hoje parece definitiva (embora não isenta de críticas) pelo sistema protetivo pautado na atuação jurisdicional, cuidando de conferir a devida legitimidade às decisões neste espaço proferidas. Contudo, mesmo duzentos anos de debates não parecem ter sido suficientes para dirimir os questionamentos que envolvem a atuação dos juízes constitucionais, não se conhecendo uma tese definitiva, suficiente para responder a quaisquer dúvidas acerca da validade de seus atos (se é que algo assim é possível).¹²¹

Além desta discussão já em várias oportunidades enfrentada, outro ponto se mostra relevante. No momento atual, e sob a perspectiva aqui defendida acerca do fundamento de legitimidade das Constituições, parece claro que a questão da sua guarda adquire uma outra

¹²⁰ GARCÍA-PEJAYO. *Derecho Constitucional Comparado*. *Op. cit.*, p. 112.

¹²¹ Tema que, por sinal, traz a tona velhas e repetidas questões, sempre com o propósito de saber, numa democracia constitucional, sob qual justificativa podem juízes não eleitos e imunes a um processo de prestação de contas (*accountability*) revogar legislação aprovada por representantes eleitos. Ou, ainda, mesmo que a democracia exija mais do que um simples processo de tomada de decisões informado pela regra de maioria, mas também a proteção de direitos fundamentais, por que os juízes deveriam decidir o que esses direitos significam? O tema pode ser encontrado em textos recentes como WALUCHOW. *A common law theory of judicial review*. *Op. cit.* MARMOR, Andrei. *Are constitutions legitimate? Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007.

perspectiva, não se identificando apenas como um problema de integridade do texto constitucional, de sua defesa contra intromissões indevidas dos poderes instituídos. Em verdade, *a tarefa do defensor da Constituição ultrapassa a mera guarda e adentra no plano da sua efetivação e legitimação*, figurando os órgãos estatais responsáveis pela tutela constitucional como verdadeiros *espaços de mediação social* por meio dos quais se viabiliza a formação de uma vontade popular.

As Constituições, como as leis em geral nos regimes políticos contemporâneos, não devem ser reconhecidas como fruto de uma pretensão popular pura, íntegra, isenta de manipulações ou influências perniciosas. Em verdade, seus textos refletem o que é possível alcançar por intermédio da atuação de legisladores escolhidos segundo complexos caminhos, não raro de questionável legitimidade democrática. Isso obriga a que *diariamente seja reafirmada a condição soberana das Constituições enquanto espaço intangível para proteção dos direitos dos homens*, tarefa que, mesmo dizendo respeito a toda a sociedade - posto que destinatária e principal interessada na efetividade constitucional - precisa ser canalizada em algum espaço institucional.

É evidente que as Constituições, na ausência de aparelhos sonoros próprios, dependem da interferência de outros atores do cenário político capazes de identificar seus comandos e princípios e lhes dar voz. A realidade contemporânea tem dedicado aos órgãos legitimados para o exercício da jurisdição constitucional a tarefa de agir como porta-vozes dos ideais constitucionais, afigurando-se, portanto, como espaços centrais de debate sobre o tema da efetividade das Constituições. Este é o resultado de um processo que se inicia décadas atrás, com autores como Otto Bachof que, nos anos 1950, sustentava a capacidade inerente à jurisprudência constitucional de contribuir em considerável medida para tornar viva a eficácia integradora das Constituições.¹²²

¹²² BACHOF. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. *Op cit.*, p. 12. Mais recentemente, em Konrad Hesse encontra-se passagem que neste mesmo sentido caminha, conquanto escrita com os olhos voltados para seu

A referência a Bachof, Hesse e outros autores alemães do pós-guerra é capaz de ilustrar bem o papel assumido pela jurisdição constitucional nos tempos atuais, visto que o pensamento jurídico daquele país precisou lidar com um problema que se escancarava aos olhos de todos: a falta de legitimidade democrática da Lei Fundamental promulgada em 1949. É certo que o drama desta Constituição não lhe era exclusivo, mas colocou-se de forma tal que tornou impossível insistir na defesa de teses claramente insuficientes para justificar sua posição soberana.

A Lei Fundamental de Bonn foi elaborada quando a então Alemanha Ocidental ainda se encontrava ocupada pelas forças aliadas. Embora tenha sido aprovada em uma assembléia (denominada Conselho Parlamentar, cuja reunião foi autorizada na Conferência de Londres, realizada entre as potências ocidentais aliadas e os países da BENELUX) formada por indivíduos eleitos regularmente, segundo um sistema representativo partidário, este grupo sequer possuía plena liberdade para redigir seus termos. Ademais, nos primeiros anos do pós-guerra, os incipientes partidos políticos detinham uma capacidade de representação extremamente tímida, além de estruturas administrativas precárias e severas restrições quanto a seus programas políticos.¹²³

A junção de semelhantes elementos deixou bastante evidente que aquela Constituição não se escorava em uma vontade popular soberana. Por mais generoso que se pretendesse ser, não havia como identificar na atuação daquele grupo legítima manifestação de poder constituinte ou uma irrestrita capacidade de dar voz a vontades individuais. Em verdade, era claro que a própria Lei Fundamental reconhecia para si fundamento em uma vontade popular,

próprio sistema constitucional: “(...) a jurisdição constitucional contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional (...)” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 419.

¹²³ REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *A Democracia na Alemanha*. História e perspectivas. Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1985. p. 90-96.

referindo-se a um *povo icônico* que nunca foi parte ativa em sua formação.¹²⁴ Por outro lado, ter uma Constituição era dado imprescindível para reafirmar a Alemanha (Occidental) como nação, com elos comuns e um projeto de futuro. A Lei Fundamental precisava viver e ao Tribunal Constitucional Federal coube lhe dar este sopro de vida. Foi através de uma forte intervenção deste órgão (não sem excessos, é óbvio) que a Constituição alemã pôde se fazer real, aproximando-se do povo e moldando-se às suas necessidades.¹²⁵

Pela via jurisdicional a Lei Fundamental passou a fazer parte do dia-a-dia da sociedade germânica, que descobriu naquele órgão um espaço no qual muitas de suas reivindicações encontravam eco, com o que se disparou o processo de apreensão constitucional por seus destinatários (o que não quer dizer que o povo alemão possa se considerar, hoje, titular *exclusivo* da Lei Fundamental...). Com isso, desde seus primeiros dias de existência, o Tribunal Constitucional Federal alemão assumiu uma tarefa que em larga margem ultrapassa o simples controle de validade das leis, no que se tem apresentado como um exemplo para as Cortes de boa parte do mundo.

Ao lado do exemplo alemão, diversas manifestações podem ser identificadas em variados países e este caso é trazido com o intuito de, desde já, ilustrar o papel que pode ser outorgado à prática constitucional. Isto não significa, contudo que se possa considerar encerrada a celeuma acerca da jurisdição constitucional como espaço legitimador das Constituições ou instância procedimental formadora de consensos sociais. Em verdade, ainda é preciso consolidar a tese acerca da construção cotidiana da legitimidade constitucional, pelo que cumpre assumir como premissas do constitucionalismo:

- que a Constituição pertence ao povo, ao qual cabe definir seu conteúdo em um processo contínuo de construção e reconstrução dos sentidos que ao seu texto podem ser reconhecidos;

¹²⁴ MÜLLER. *Quem é o Povo? Op. cit.*, p. 50 e 108.

¹²⁵ SMEND, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. *in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 54-55.

- que é preciso oferecer procedimentos institucionalizados capazes de permitir a formulação de reivindicações sociais, por meio dos quais vontades consensuais possam ser alcançadas e levadas ao conhecimento dos poderes instituídos;
- que instâncias de mediação estatais devem se fazer presentes, sob pena de se usurpar dos cidadãos o direito de reclamar a necessária proteção para seus interesses.

Neste sentido caminha o alerta de Bobbio, para quem: “(...) quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.”¹²⁶ A participação social na vida constitucional de um país é requisito básico para a democracia, que só se incrementa na medida em que mais e melhor aparelhadas instâncias mediadoras se abrem às reivindicações populares, permitindo a todos levar aos espaços públicos seus interesses e assim construir, consensualmente, soluções para os problemas cotidianos.

Neste sentido se insere a defesa aqui feita acerca das potencialidades da jurisdição constitucional, percebida como uma instância fortemente capacitada a funcionar como um canal por meio do qual reivindicações podem ser formuladas e consensos sociais construídos. Daí se partir rumo a uma melhor compreensão acerca de seu papel nas sociedades democráticas, buscando-se afirmar a relevância e mesmo a imprescindibilidade de mecanismos capazes de permitir a manifestação dos reclamos populares, aproximando a Constituição de seus reais titulares (com o que se busca justificar a sobrevivência e mesmo o incremento do acesso à jurisdição constitucional pela via difusa).

Antes, contudo, cumpre verificar como se pavimenta o caminho trilhado pelo constitucionalismo até que se façam presentes as condições para o consolidar deste papel na jurisdição constitucional, alcançando tal estágio de relevância no cenário estatal. A transição

¹²⁶ BOBBIO. *O Futuro da Democracia. Op. cit.*, p. 40.

operada, que não acontece em um salto, mas gradualmente, será o tema do capítulo seguinte, onde se busca analisar e compreender os alicerces que permitem o surgimento de uma diferente maneira de enxergar a Constituição e a jurisdição constitucional. Para tanto, visita-se o nascimento do constitucionalismo nas Revoluções do Século XVIII, a crise do modelo constitucional liberal vivida no Século XIX, as alternativas que se apresentam ao longo dos anos, como resposta às pressões sociais e, finalmente, o processo de construção, ainda não de todo concluído, de um novo modelo, correntemente alcunhado neoconstitucionalismo.

2. O ESTADO CONSTITUCIONAL

Uma das tarefas desempenhadas pela Teoria Constitucional no breve Século XX consiste em explicar e justificar o processo transformador que leva a jurisdição constitucional a se consolidar como espaço por cujo intermédio torna-se possível ter nas Constituições uma condição procedimental para a democracia. É uma realidade à qual se chega tendo por suporte variados fatores - sociais, políticos e jurídicos - que, ao se conjugarem, permitem identificar na atuação jurisdicional um eficaz espaço comunicativo capaz de assegurar o respeito à supremacia das Constituições e ao acontecer de uma democracia deliberativa.

O papel reconhecido a esta instância certamente ultrapassa em larga margem a concepção originária acerca da amplitude possível aos instrumentos de tutela constitucional, sendo certo que as Cortes dotadas de semelhante competência assumiram prerrogativas bastante mais amplas que a tarefa de invalidar leis. Em verdade, a realidade vigente no universo constitucional lhes impõe não mais se limitar ao cumprimento das expectativas em momentos passados construídas, cabendo-lhes contribuir ativamente na busca por dar vida a uma Constituição hoje compreendida em dimensão diversa daquela que originariamente lhe foi outorgada. Assim, as transformações sofridas pelas Constituições e suas bases teóricas levam ao reconhecimento de novas tarefas para a jurisdição constitucional.

No alvorecer da segunda metade do Século XX, o mundo ocidental vislumbrou os primeiros e vivos traços de um novo modelo constitucional, forjado nas cinzas de regimes totalitários que, agindo em nome de fugazes e iludidas maiorias, perpetraram atrocidades, aniquilando direitos fundamentais e fazendo ruir os pilares da democracia. A imagem

revelada nas ruínas do embate ideológico e político que marcou a Segunda Guerra Mundial mostrava a premente necessidade de se ofertar uma opção pautada em diferente matiz democrático aos modelos de organização estatal que, desde fins do Século XVIII até as primeiras décadas do Século XX, foram adotados pela maioria das nações ocidentais. Era preciso lançar novas bases teóricas e alterar práticas políticas e jurídicas, de modo a impedir que alternativas autoritárias, como o nazi-fascismo, voltassem a prevalecer, obstando, assim, o retorno a situações de embate e submissão da sociedade civil aos Poderes Políticos.

Os anos pós-Segunda Guerra testemunharam a opção democrática feita por vários países, numa clara ruptura com o autoritarismo que, gradualmente, foi perdendo espaço, especialmente após o fim da guerra fria e o embate entre capitalismo e socialismo. Esta transição, que não aconteceu em único golpe nem da mesma maneira nas diversas nações que propuseram assumir a construção de uma sociedade democrática como principal meta, marca o ingresso do constitucionalismo em um novo patamar, aparentemente mais adequado às necessidades presentes.

É importante destacar que a sucessão de modelos constitucionais ao longo do tempo não significa que cada um fosse intrinsecamente ruim e fadado ao insucesso. Em verdade, cada qual foi pensado e ostenta características voltadas a resolver os problemas de seu tempo, sem deixar de levar em consideração as peculiaridades de cada grupamento humano envolvido. Mas são arquétipos que, em algum instante, se esgotaram, como o atual certamente um dia se esgotará, impondo a concepção de alternativas para lidar com novos problemas que, inevitavelmente, surgirão.

Com o propósito de indicar as principais características das fases mais marcantes do constitucionalismo é que se realiza o breve esboço a seguir delineado, pautado não no destaque de peculiaridades nacionais ou um rigoroso resgate das diferentes etapas vividas em

cada momento, mas na tentativa de traçar um panorama geral assentado em elementos comuns que, em variados graus, se fizeram sentir ao longo do tempo.

2.1. A Era das Revoluções e o constitucionalismo

Do caldo de cultura que deu azo aos movimentos revolucionários do final do Século XVIII emergiu um novo modelo estatal, moldado em torno de um sistema político, jurídico e econômico pensado com o propósito de resguardar as liberdades individuais, alcunhado *Estado Liberal*. Os países cujas histórias fornecem os mais preciosos dados para compreender o surgimento deste modelo são Inglaterra, França e Estados Unidos, os primeiros, de uma longa lista, a colocar em marcha este movimento de transição de uma ordem centrada na força absoluta e tibiamente limitada de um soberano rumo à apreensão e controle dos mecanismos de poder pela sociedade.¹²⁷

Primeiro na Inglaterra, algum tempo depois na França, as estruturas sociais e políticas dos Estados absolutistas e seus déspotas esclarecidos que houveram permitido o fim do feudalismo e o surgimento dos Estados nacionais começaram a dar sinais de desgaste. Assim, no período identificado com o Iluminismo, iniciou-se a marcha que culminou com a instauração de um novo modelo estatal, que colocou em xeque os fundamentos do poder político e abriu espaço para que novos atores ocupassem espaços na estrutura estatal.¹²⁸

¹²⁷ Se nas realidades inglesa e francesa, esta mudança paradigmática permitiu a superação de um modelo absolutista que se houvera consolidado desde o fim da era feudal, para os norte-americanos surgiu como um sistema estatal que lhes permitiu erigir uma organização política nova e independente. SANCHÍS, Luis Prieto. *Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 55.

¹²⁸ A guinada promovida com especial ênfase pelos sediciosos franceses de 1789 permitiu à burguesia economicamente dominante iniciar um movimento de transposição dos limites que a mantinham afastada da estrutura política vigente e, assim, a partir de um novo modelo de Estado, forjar as condições de possibilidade para manutenção de sua posição preponderante, resguardando seus interesses das variáveis marés políticas do devir. Defendem a essência burguesa do constitucionalismo, em suas origens, entre outros VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 132; GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 124-125. François Furet, ao

As declarações de direitos inglesas e americanas e, com maior ênfase, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada ainda no calor dos eventos de 1789, deram início ao processo de positivação dos direitos básicos dos cidadãos, antes identificados com um Direito Natural, com o propósito de salvaguardar os homens da realidade de submissão vigente naquele momento. Por meio destes documentos, buscou-se erigir um sistema de controle sobre o poder dos monarcas, passo crucial para inibir a perpetuação dos excessos do poder absoluto.¹²⁹ Neste instante, finalmente se conjugaram os elementos basilares para iniciar o processo de fixação de regras positivas, onde claramente se circunscrevessem os espaços de atuação estatal e de autodeterminação dos homens.¹³⁰

O Estado Liberal que neste momento começa a tomar corpo, na sua vertente política¹³¹ assume, dentre suas premissas, o reconhecimento de direitos fundamentais de

contrário, defende que o grande motor da Revolução não foi a burguesia, mas os profissionais liberais que formavam uma espécie de elite urbana e os camponeses. A alcunha de *revolução burguesa* conferida ao movimento francês representaria, em verdade, um reducionismo decorrente do comum equívoco em se analisar a Revolução como um todo, ignorando suas várias fases e diferentes nuances, bem como as contraditórias forças que em seu seio se debatiam. FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Trad. Luiz Marques e Martha Gambini. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 132-136 e 140.

¹²⁹ Sobre o sistema de controle social vigente nos regimes absolutistas, sustenta Christian Lynch em sua tese: “Declarando a superioridade da vida sobre a liberdade, a solução alvitada pelos juristas da Coroa residia na subordinação de toda a população do reino a uma única e indivisível autoridade, tornada absoluta e perpétua através da concentração do poder de decidir em sua pessoa. Para lograr a obediência geral, essa autoridade soberana não poderia estar localizada na sociedade, lugar da ambição e do conflito, e sim fora dela, onde poderia ser vista como altruísta e imparcial; como um *outro neutro*, que reunisse assim condições de e exercer o papel de representante existencial da comunidade política. O conceito de soberania absoluta proclamava a legalidade da permanente insubmissão do monarca às leis positivas, na qualidade de seu legislador supremo. Na medida em que era constante o perigo de decomposição do Estado, o príncipe precisava estar armado para conjurá-lo, recorrendo, se preciso, à violência e ao segredo.” LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Momento Monárquico. O poder moderador e o pensamento político imperial*. Tese de Doutorado em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007. p. 28. Estudo sobre as Declarações de Direitos francesa e norte-americana se encontra em JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Trad. Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 77-142.

¹³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 149-151.

¹³¹ Segundo Dimitri Dimoulis, “O liberalismo político compartilha com o liberalismo econômico a crença na primazia das opções individuais perante intervenções externas. Não rejeita, porém, instâncias de regulamentação coletiva e está a favor da imposição de certas decisões de interesse coletivo, limitando estruturalmente a liberdade de ação individual.” Já o liberalismo econômico, mira na defesa da máxima liberdade para a prática de atividades econômicas: “Gozando da mais ampla liberdade na escolha dos meios, fins e campos de atuação econômica, a pessoa pode buscar os recursos necessários para atingir suas finalidades e realizar seu projeto individual de vida.” O liberalismo político se coloca, assim, como uma tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade e a coerção, reduzindo a interferência estatal ao mínimo necessário à manutenção das condições para coexistência pacífica dos homens. DIMOULIS, Dimitri. *Concepção liberal da atuação econômica*.

liberdade que deveriam funcionar como mecanismos capazes de garantir a capacidade de autodeterminação dos indivíduos, salvaguardando-os contra intromissões indevidas do poder estatal. Ao mesmo tempo, se propõe a criar mecanismos de institucionalização do poder capazes de viabilizar seu controle por uma sociedade civil que dele houvera sido mantida apartada (representando seu momento fundante e, ao mesmo tempo, antitético¹³²), além de aperfeiçoar o *sistema representativo* como grande instrumento capaz de permitir a atuação dos indivíduos, influenciando nas decisões estatais, sem, contudo, delas tomar parte diretamente.¹³³

Primeira e fundamental medida para consolidar os ideais insurgentes expressiu-se nas *Constituições* escritas, diplomas legislativos a partir dos quais tomou corpo o então chamado *Estado de Direito*. O *Estado de Direito* - segundo a terminologia alemã hoje utilizada para designar o modelo estatal vigente até a metade do Século XX (*Rechtsstaat*) - é a expressão de uma estrutura de poder concebida sob o manto de uma ordem jurídica capaz de limitar o uso da força e evitar o controle das funções públicas pela via do arbítrio.¹³⁴

in SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83 e 91.

¹³² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 65.

¹³³ BOBBIO. *Estado, Governo, Sociedade*. *Op. cit.*, p. 151-152. É importante destacar que o aperfeiçoamento dos sistemas representativos, tanto no plano conceitual quanto em sua prática, tem sido perseguido constantemente desde o advento do Estado Liberal (e mesmo antes, embora mais remotos momentos não sejam aqui trabalhados). Bobbio registra que apenas em 1848, quando da edição da obra seminal de Tocqueville, *Da Democracia na América*, parece se consolidar a noção de que regimes representativos são efetivamente democráticos, afastando-se a distinção entre estes e as democracias diretas, no que o autor italiano identifica como o surgimento da *democracia dos modernos*.

¹³⁴ Assim explica Zagrebelsky o Estado de Direito: “El estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación de poder que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* [Estado da força] y del *Polizeistaat* [Estado de polícia]: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 21. Ou, nas palavras de Carré de Malberg, “Le système du *Rechtsstaat* presuppose la possibilité d’une limitation de l’État, mais il dépasse de beaucoup la simple idée de limitation: parvenu à son complet développement, il implique que l’État ne peut agir sus ses sujets que conformément à une règle préexistante, et en particulier qu’il ne peut rien exiger d’eux qu’en vertu de règles préétablies.” MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l’État*. t. 1. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920. p. 232.

Este instante histórico marca o aparecimento do projeto de *constitucionalismo*, “(...) produto perfeito do racionalismo jurídico, social e político”,¹³⁵ outorgando-se às Constituições escritas que gradualmente são promulgadas a tarefa de estruturar, segundo parâmetros gravados em seus textos, os fundamentos de um Estado onde o poder político é justificado e controlado pelo Direito. A estas cumpriu assinalar três momentos reputados basilares para a concepção de um Estado institucionalizado: a delimitação dos órgãos que exercem as funções; a forma como estas são desempenhadas; e a finalidade para elas almejada.¹³⁶

Assumindo o papel de baluarte dos Estados e dos ordenamentos jurídicos, as Constituições passaram a servir como elemento legitimador para o exercício do poder, substituindo a vontade do soberano pelos anseios populares que, quer pela representação, quer pelo direto exercício de um poder constituinte, estariam expressos em seus textos. Daí que, segundo Loewenstein, a história do constitucionalismo pode ser compreendida como a busca, pelos homens, por controlar o poder absoluto exercido pelos governantes, assim como o esforço para encontrar uma justificativa racional, moral ou ética para a autoridade estatal.¹³⁷

¹³⁵ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 31. Impõe-se ressaltar que pairam dissensos sobre esta assertiva aqui defendida, que identifica um objeto comum no estudo das Constituições e do constitucionalismo. José Acosta Sánchez percebe uma distinção entre *constitucionalismo* e *Constituição*, sustentando que o primeiro termo diz respeito ao método de organização do Estado e o segundo, à norma suprema do sistema jurídico. *Constitucionalismo*, assim, deveria ser usado para definir a Teoria do Estado que se desenvolve ao longo do Século XIX, ao passo que *Constituição* e *Direito Constitucional* estariam fora deste espaço, embora cumprindo um papel regulamentador da estrutura estatal. SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 56-57.

¹³⁶ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 318. Não custa lembrar que, embora anteceda em pouco mais de um século as revoltas Francesa e Americana, a Revolução Inglesa não se pautou na implementação de um modelo de Constituição escrita, mantendo-se fiel a uma tradição firmada no direito costumeiro do *common law*. A influência do arquétipo jurídico estatal inglês, contudo, foi decisiva para a formação do novo modelo estatal continental. Lucien Jaume explica que, na cultura anglo-saxônica, o essencial - no que tange à formação de um sistema de regras que vinculem especialmente aos poderes públicos - não são as leis formalmente elaboradas, mas o direito do *common law*, fundado na jurisprudência e na prática social. “La différence principale entre la France et l’Angleterre est que, dans un cas, on croit à la fécondité de la loi et des institutions représentatives contre l’Ancien Régime inégalitaire, dans le cas britannique on pense que le moteur du mouvement est dans l’ordre naturel de la société comme ‘civilisation’ et donc comme ‘opinion publique’.” JAUME, Lucien. *Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais*. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 4, jun. 2003. Disponível em <http://hc.rediris.es/04/numero04.html> Acesso em 11 set. 2006.

¹³⁷ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 150.

Não se pode afirmar, contudo, que fosse absoluta novidade a idéia de um texto legislativo a limitar o poder soberano, afinal, mesmo os monarcas absolutistas encontravam-se diante de uma série de leis, ditas fundamentais, que obrigavam os governos em termos jurídico-políticos e não podiam por eles ser modificadas unilateralmente.¹³⁸ Em períodos imemoriais encontram-se registros de repúdio a regras que, de alguma maneira, violassem a hierarquia normativa, a qual derivava ora da origem divina das leis, ora por estarem inscritas nas tradições ou emanarem de um poder soberano.¹³⁹

Estes modelos, porém, cedem passo ante o que de novo e original se identifica nos documentos alcunhados de *Constituição*: “Na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos vêm-na justificar e vêm-na criar.”¹⁴⁰ Semelhante acontecimento espelha uma dentre tantas mudanças paradigmáticas operadas no período do Iluminismo: a substituição dos fundamentos religiosos do poder por outros, de cunho racional, no exercício de uma constante tentativa de lhe conferir legitimidade.¹⁴¹

As Constituições assinalam um momento de transição na ordem jurídica, em especial, mas também em todo o sistema político e social dos Estados, na medida em que são impostas (de forma revolucionária ou negociada¹⁴²) aos antigos poderes instituídos, gerando

¹³⁸ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 47. Com base em farta bibliografia, Christian Lynch igualmente sustenta a idéia de que as monarquias absolutas nunca o foram em toda a extensão do termo. LYNCH. *O Momento Monárquico*. *Op. cit.*, p. 29.

¹³⁹ Mauro Cappelletti traduz tal realidade nas seguintes palavras: “Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma ‘hierarquia’ das leis, e de garanti-la. É a própria ânsia - ou um seu aspecto - de sair do contingente, de ‘fazer parar o tempo’, de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E [se] uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.” CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 11.

¹⁴⁰ MIRANDA. *Contributo...* *Op. cit.*, p. 30.

¹⁴¹ HELLER. *Teoria do Estado*. *Op. cit.*, p. 319-320. Veja-se, a propósito, a explanação que Duguit faz acerca do fundamento místico-religioso do poder soberano, comum aos regimes absolutistas europeus dos Séculos XV a XVII. DUGUIT, Léon. *Soberania y Libertad*. Trad. José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran, 1924. p. 153-156.

¹⁴² Sobre o processo de expansão constitucional na Europa do Século XIX, veja-se ESMEIN, Adhemar. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 5. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909. p. 510.

uma igual submissão de governantes e governados.¹⁴³ A partir daí, o fundamento de validade do poder estatal se desloca da pessoa do soberano para a Constituição, compreendida como o fruto (mesmo que fictício) da vontade popular absoluta, emergindo desta manifestação a autoridade estatal. Para Luis Prieto Sanchís, com o constitucionalismo opera-se o *triumfo da razão sobre a história*:

(...) frente al naturalismo determinista de la historia, la Constitución es un artificio de la razón; frente a la espontaneidad imprevisible del devenir, la Constitución es una obra premeditada que se quiere perfecta y definitiva; frente a la naturaleza consuetudinaria e insegura de un orden basado en la tradición, la Constitución es un texto escrito y cierto; frente a unos privilegios singulares decantados en el transcurso del tiempo, los derechos naturales son conquistados de una vez y para siempre; en fin, frente a la legitimidad que suministra el pasado simplemente porque es viejo, la Constitución reposa en la legitimidad de lo que se proclama racional y ha sido descubierto por las Luces.¹⁴⁴

Diferentemente dos diplomas legislativos que as precederam, os quais formavam um sistema plural de fontes, procedentes de instituições diferentes e concorrentes,¹⁴⁵ as Constituições trazem elementos capazes de lhes conferir natureza peculiar: a *solenidade* em sua elaboração, a *juridicidade* de seus comandos, a concentração de elementos da *estruturação política estatal*, a *regulação* das relações entre Estado e sociedade civil.¹⁴⁶

Semelhantes aspectos conferem especial destaque às Constituições dentro do cenário

¹⁴³ Segundo as interpretações correntes acerca do que representou a Revolução para o cenário jurídico francês, na travessia do *ancien régime* para o constitucionalismo, as condições de legitimidade do poder estatal passam a depender exclusivamente da vontade e das escolhas humanas, num processo de positivação de valores sociais antes identificados com o Direito Natural, uma espécie de *positivação do contrato social*. Tocqueville, ao descrever o surgimento do direito norte-americano como um sistema jurídico autônomo, destaca sua fundamentação sobre o Direito Natural e a forte base religiosa em que este se assentava. TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Tomo I. Trad. Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro, 1911. p. 47-51. Sobre o tema também trata Smend, que destaca o papel assumido pelos direitos fundamentais, positivados já nas primeiras Constituições, como baluartes de um novo modelo de justificação do poder estatal. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José M^a. B. Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 165-169.

¹⁴⁴ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 53-54.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 15.

¹⁴⁶ MIRANDA. *Contributo...* *Op. cit.*, p. 31-32. Segundo Christian Lynch, a busca por equilíbrio entre sociedade e poderes políticos é um dos traços marcantes do modelo estatal que sucede ao absolutismo: “O princípio do despotismo era o medo difuso da população em relação ao príncipe, que a levava a obedecer-lhe. A marca distintiva dos governos moderados era o pluralismo, isto é, a relativa desconcentração do poder político em mais de uma agência e/ou forças sociais.” LYNCH. *O Momento Monárquico*. *Op. cit.*, p. 40. Profundo estudo sobre as estruturas estatais e sua relação com a sociedade civil se encontra em JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973. p. 101-135.

normativo, distinguindo-as dos diplomas que as antecederam, em que pese a persistência de quaisquer dúvidas terminológicas, atuais ou passadas.¹⁴⁷

Além destes, podem ser destacados alguns outros dados que igualmente contribuem para diferenciar as Constituições dos documentos jurídicos que as antecederam. Em primeiro plano vem a convicção de que aquelas não são fruto do poder estatal, mas sua *causa*. Logo, a elas cabe gerar este poder, constituindo-o e ditando-lhe os limites. Um segundo dado diz respeito à completa *regulação* do poder, conseguindo, as Constituições, controlar todos os seus espaços de atuação. Por fim, os direitos e obrigações originários das Constituições assumem papel universal, sujeitando e beneficiando, os *valores fundamentais* individuais e sociais inseridos em seu texto, a todos que se encontrem vinculados ao poder estatal.¹⁴⁸

É importante notar que, embora compartilhando raízes e objetivos, o constitucionalismo trilhou diferentes caminhos a partir de sua origem, delineando duas vertentes claramente identificáveis: a norte-americana e a francesa. Estas duas tradições permaneceram apartadas por algum tempo, notadamente no correr do Século XIX, voltando a se tocar já em meados do Século XX, o que parece evidenciar jamais se terem divorciado de seus traços comuns.¹⁴⁹

¹⁴⁷ A título exemplificativo, refiram-se várias passagens da obra de Sieyès em que este faz menção a uma *constituição* vigente no período pré-revolucionário. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9; 26; 40; 48. Dieter Grimm lembra que “Las denominaciones del nuevo fenómeno (*Verfassung, Konstitution* y, en sus países de origen, *constitution*) eran ya familiares antes de las revoluciones, aunque en aquella época tenían otro significado.” GRIMM. *Constitucionalismo... Op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁸ GRIMM. *Constitucionalismo... Op. cit.*, p. 48. A estas características essenciais podem ser agregadas outras, consoante a perspectiva adotada pelos variados autores que se debruçam sobre o assunto, que, conjugados, permitem compreender o papel superior assumido pelas Constituições. Dado que merece referência consiste na *rigidez* conferida às Constituições, protegendo-se seus textos, através da observância de procedimentos legislativos diferenciados, contra alterações promovidas pelo poder constituído. HELLER. *Teoria do Estado. Op. cit.*, p. 322.

¹⁴⁹ Tommaso Edoardo Frosini assim descreve este momento: “Certo, già in Inghilterra con la *Glorious Revolution* del 1688-89 si erano venuti ad affermare alcuni principi del costituzionalismo, e in Francia, poi, con la Rivoluzione del 1789, altri si affermeranno con maggiore pregnanza. Da queste fondamentali esperienze ‘sul campo’ il costituzionalismo si dividerà, inizialmente, in due grandi tronconi culturali: il costituzionalismo di derivazione giacobina, che si richiama alla rivoluzione francese ed è ispirato a principi democratici, e il costituzionalismo di derivazione anglosassone, che si richiama alla rivoluzione americana ed è ispirato a principi liberali. Queste due dimensioni del costituzionalismo, quella giacobina e quella anglosassone, si muovono, dunque, su piani diversi ma non opposti né tanto meno contrastanti l'uno con l'altro. D'altronde, sono entrambi

Para a teoria constitucional norte-americana, a Constituição surge como um marco definidor dos espaços de atuação estatal, reservando aos indivíduos suficiente autonomia para que, como sujeitos privados e agentes políticos, desenvolvam livremente sua vida, a partir dos referenciais democráticos e minimamente igualitários naquela inscritos.¹⁵⁰ Assim, os direitos pela Constituição garantidos se colocam como limite ao poder estatal. E funcionando como parâmetro definidor das regras do jogo social e político, ostenta a Constituição posto juridicamente superior face às demais normas, juízo que permite justificar sua proteção jurisdicional, de sorte a lhe garantir integridade. Segundo Luis Prieto Sanchís:

La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso.¹⁵¹

A idéia de uma ordem jurídica fundamental, plasmada na Constituição, superior ao restante do sistema normativo, vincula-se claramente à concepção de um Direito Natural, mais alto, que se sobrepõe ao Direito Positivo, sendo por este último inderrogável. Tal noção se faz presente desde a luta dos colonos contra a Coroa inglesa, a quem acusavam de ignorar seus direitos individuais e coletivos. Para García de Enterría, “Ese ‘derecho más alto’ es en el que se funda la rebelión y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden.”¹⁵² Donde a idéia tipicamente norte-americana de que o Direito precede o político, justificando-o e funcionando como condição para sua existência.

A segunda concepção origina-se na tradição francesa e enxerga na Constituição o momento em que se concretiza um projeto político nacional, surgindo o Direito como um

‘costituzionalismi’(...)” FROSINI, Tommaso Edoardo. *Elogio del Costituzionalismo*. Disponível em <http://www.forumcostituzionale.it> Acesso em 22 set. 2005.

¹⁵⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 124-125.

¹⁵¹ SANCHÍS. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.*, p. 125.

¹⁵² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 57.

produto do sistema político.¹⁵³ A esta, então, cumpre não apenas delinear as regras do jogo, mas também dele tomar parte, ditando parâmetros para que as futuras decisões coletivas sejam tomadas. Nesta medida, abre espaços para a direta participação popular no processo de tomada de decisões, com o que busca garantir o controle sobre o poder estatal. Também sobre esta vertente discorre Sanchís:

(...) aquí la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo.¹⁵⁴

Em resumo, a vertente norte-americana se pauta na determinação de marcos políticos, em clara ligação com o projeto liberal de democracia: quem manda, como manda e até onde pode mandar, enxergando na Constituição o espaço por excelência para defesa dos direitos dos cidadãos. Já o modelo francês - e europeu, já tingido por algumas tintas republicanas, abarca a tentativa de se determinar a orientação política da nação, vinculando fortemente o poder estatal na tentativa de subordinar definitivamente os governantes à sempre exaltada vontade geral popular.

Afora estas diferenças, ambos os modelos apresentam pontos em comum, sendo indiscutível que nasceram com o mesmo propósito de permitir a superação de um sistema onde o poder era absoluto, construindo, em seu lugar, um Estado controlado e submetido à ordem jurídica, o qual, em sua primeira forma de expressão, se faz acompanhar do adjetivo *Liberal*. Luis Prieto Sanchís procura sistematizar as características que se repetem em ambos

¹⁵³ A percepção que se extrai da obra de autores como Carré de Malberg e outros que se ocuparam em explicar as peculiaridades do sistema jurídico que na França se forma com o advento da Revolução indica que, em geral, prevalece a noção de que as escolhas políticas precedem e determinam a realidade jurídica. “Ni la souveraineté nationale ni l’identification de la loi à la volonté générale ne procèdent d’un acte constitutionnel, posé par l’État, mais ils sont bien plutôt la condition de possibilité de la formulation de tout acte positif.” MAULIN, Éric. Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution Française. *Annales Historiques de la Révolution Française*. n. 328. Disponível em <http://ahrf.revues.org/document583.html> Acesso em 11 set. 2007. O mesmo se lê em Christian Lynch: “Imersos no absolutismo democrático, os constituintes cultivavam uma visão do direito e da política para a qual o primeiro estava subordinado à segunda, expressão da vontade do soberano. Consagrado no art. 6º. da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, esse legicentrismo era oposto à concepção angloamericana de que o direito era o lugar do não-político, e que prevalecera na Constituição de 1787, na forma de um controle normativo e judicial da constitucionalidade.” LYNCH. *O Momento Monárquico*. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁵⁴ SANCHÍS. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.*, p. 125-126.

os lados do Atlântico: afirmação dos *direitos individuais* como fundamento da ordem política; reconhecimento de um *contrato social*, justificando-se o poder estatal em uma base de consentimento; presença de um *poder constituinte*, por cujo intermédio se exprime o direito de resistência à opressão; e preocupação em *salvaguardar a Constituição* frente a excessos do legislador.¹⁵⁵ Ao que Léon Duguit soma o reconhecimento do princípio da liberdade, da autonomia das pessoas, como conquista comum ao constitucionalismo de ambos os lados do Atlântico.¹⁵⁶

Estes elementos são identificados nos novos sistemas estatais constitucionais que no correr do Século XIX foram sendo implementados, nos quais se buscou consolidar a completa submissão do poder político às Constituições. A ordem social erigida neste momento prioriza a garantia das liberdades individuais, permitindo a cada um desenvolver-se livre de determinações exteriores, especialmente aquelas advindas do poder estatal.¹⁵⁷ É o que Benjamin Constant denomina a *liberdade dos modernos*, a qual se materializa na capacidade de cada um determinar os rumos de sua vida, livre de ingerências externas. “A liberdade individual (...) é a verdadeira liberdade moderna”, sustenta o autor em seu clássico escrito.¹⁵⁸

¹⁵⁵ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 71.

¹⁵⁶ DUGUIT. *Soberanía y Libertad*. *Op. cit.*, p. 280. Também García de Enterría busca delinear os traços básicos comuns às Constituições: “(...) lo que se entiende por Constitución (...) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo (...): 1º Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2º Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones ha de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada.” ENTERRÍA. *La Constitución como Norma...* *Op. cit.*, p. 50-51.

¹⁵⁷ GRIMM. *Constitucionalismo...* *Op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁸ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Loura Silveira. in MORAES, João Quartim (org.). *Revista Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM/UFRGS. n. 2, 1985. p. 21. A liberdade dos modernos se contrapõe, na visão de Benjamin Constant, à liberdade dos antigos, a qual “(...) consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar leis, em pronunciar julgamentos (...); mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo.” CONSTANT. *Da liberdade dos antigos...* *Op. cit.*, p. 11.

As Constituições aparecem, neste contexto, como a primeira garantia dos direitos individuais, o que ressalta o paralelo existente entre as opções do constitucionalismo e do liberalismo.¹⁵⁹

Neste momento, a partir dos dados apresentados, parece conveniente formular, em curtas linhas, uma definição capaz de abranger os principais elementos caracterizadores do Estado Liberal e seu modelo constitucional. Esta tarefa, contudo, não é fácil. Em verdade, sob este rótulo, a teoria constitucional costuma acomodar experiências políticas bastante diferentes, desenvolvidas em vários países e momentos históricos. Três preocupações, entretanto, se fazem presentes em todos os momentos: limitar os espaços ocupados pelos governos, controlando suas atividades de modo a garantir a capacidade de auto-determinação individual; estipular regras de convívio social, buscando viabilizar a coexistência pacífica dos homens (e aqui duas tendências claras se opunham: o reconhecimento da possibilidade de se estabelecer uma *ordem espontânea*, independentemente da intervenção estatal, e a *crença na lei* como instrumento único para regulação social); e cuidar para que o Direito não represente uma ameaça aos indivíduos, ao mesmo tempo em que (especialmente na realidade francesa) se apresenta como uma manifestação estatal voltada à tutela dos interesses gerais, verdadeira condição para a liberdade.¹⁶⁰

Diante deste cenário, rotular o modelo liberal como algo negativo é um risco que não se deve correr, seja pelas diversas formas como foi posto em funcionamento (a dificultar uma crítica global que não atente para particularidades de cada país e de cada período), seja pelo fato de sua implantação em diversos países ter representado um marco evolutivo, permitindo construir regimes melhor aparelhados para lidar com as realidades política, social e econômica que identificam os anos pós-Revolução Francesa. Suas fórmulas funcionaram bem

¹⁵⁹ Segundo Jorge Miranda, “Visa-se o modelo liberal da sociedade humana, de acordo com a recta razão consubstanciada no Direito natural. Vão-se exaltar os direitos dos cidadãos à liberdade, à segurança e à propriedade e vai-se buscar a separação dos poderes do Estado como processo mais certo de obstar a que aqueles sejam colocados em perigo. A Constituição instaura um regime fundado na liberdade individual e governos em que às várias funções são tomadas como poderes cometidos a órgãos distintos.” MIRANDA. *Contributo... Op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁰ JAUME. Le liberalisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais. *Op. cit.*

enquanto permitiram o controle sobre os governos, evitando o retorno de regimes autoritários, e sobre a sociedade de massas que começava a tomar corpo com o correr da revolução industrial. Na medida, contudo, em que larga camada da população começou a se organizar, reivindicando a implementação de uma efetiva igualdade democrática, que permitisse a todos participar da vida política social, o modelo liberal burguês começou a dar sinais de esgotamento.¹⁶¹

Se, por um lado, pôs por terra antigas estruturas de dominação e em funcionamento mecanismos capazes de limitar o exercício do poder, permitindo a definitiva transição para um novo modelo estatal onde a autoridade da ordem jurídica e a submissão de todos a seus comandos é uma realidade, por outro abriu espaço para que novas relações de dependência e opressão surgissem, evidenciando que a desigualdade econômica possui o dom de aniquilar a liberdade individual.¹⁶²

Neste ponto reside talvez o aspecto mais contundente da teoria Marxista, que enxerga no Direito um instrumento de dominação e controle social, mas um sutil instrumento que, sob o manto da igualdade geral e da liberdade absoluta, criou as condições para se alcançar um estágio de submissão até aquele momento desconhecido. Segundo a interpretação marxista, as relações de força no Estado Liberal mascararam, com o auxílio do sistema jurídico e seus dogmas de liberdade e igualdade, o domínio exercido pelos detentores dos meios de produção sobre aqueles que nada mais possuíam para vender que sua força de trabalho. Segundo sua

¹⁶¹ Nas palavras de Dieter Grimm: “Este se reservó únicamente la tarea que la sociedad no era capaz de llevar a cabo por sus propios medios: la defensa frente a los peligros para la libertad que perturbaban el libre juego de las fuerzas sociales, garante del bien común.” GRIMM. *Constitucionalismo... Op. cit.*, p. 180. Lembra Paulo Bonavides: “O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.” BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59. Semelhante realidade se encontra explicitada na obra de pensadores e em movimentos sociais da época, especialmente motivados pelas miseráveis condições de subsistência experimentadas por enorme massa de trabalhadores urbanos, atraídos dos campos pela Revolução Industrial. Magnífico espelho da realidade vivenciada pelos trabalhadores deste período encontra-se nas obras de Émile Zola, *Germinal*, e Maksim Gorki, *Mãe*.

¹⁶² HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 165-166. GRIMM. *Constitucionalismo... Op. cit.*, p. 186.

lógica, estes seriam tão proprietários quanto os que detêm o capital, absolutamente livres para vender seu precioso bem e incontestavelmente donos de suas vidas, livres, portanto, para morrer de fome...¹⁶³

2.2. A Constituição de um novo modelo estatal: transformações políticas e sociais como causa e consequência de um novo constitucionalismo

Se o modelo político estatal não era capaz de atender aos problemas que os últimos anos do Século XIX colocavam, naturalmente as Constituições que davam amparo a estes sistemas igualmente começaram a se mostrar insuficientes. Assim é que neste período identifica-se um movimento que busca conferir às Constituições um novo significado. A estas não mais bastava delimitar estruturas de poder e definir direitos de liberdade, era preciso ir além, sem o que não conseguiriam fazer frente a um novo rol de exigências que ganhava corpo.

Explica Maurizio Fioravanti que a estrutura do direito público europeu, muito por influência do desenho institucional definido na Alemanha (país de unificação tardia, orientado em torno de um poder central forte), colocou-se em oposição ao princípio da soberania popular, no que pode ser compreendido como uma tentativa de pôr fim, em definitivo, ao processo revolucionário que se arrastava desde fins do Século XVIII. Com isso, as Constituições acabaram apreendidas pelos governos, que lhes conferiram feições distintas daqueles documentos revolucionários idealizados algumas décadas antes, em um movimento

¹⁶³ “A esfera da circulação ou do intercâmbio de mercadorias, dentro de cujos limites se movimentam compra e venda de força de trabalho, era de fato um verdadeiro éden dos direitos naturais do homem. O que aqui reina é unicamente Liberdade, Igualdade, Propriedade e Bentham. Liberdade! Pois comprador e vendedor de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são determinados apenas por sua livre-vontade. Contratam como pessoas livres, juridicamente iguais. O contrato é o resultado final, no qual suas vontades se dão uma expressão jurídica em comum. Igualdade! Pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade! Pois cada um dispõe apenas sobre o seu. Bentham! Pois cada um dos dois só cuida de si mesmo. O único poder que os junta e leva a um relacionamento é o proveito próprio, a vantagem particular, os seus interesses privados.” MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da economia política. v. I. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 293.

que, na tentativa de se equilibrar entre a pressão popular e as tentativas de retorno do absolutismo, sufocou vasta parcela da sociedade, deixando-a à margem dos sistemas de proteção estatal.¹⁶⁴

As fórmulas normativas que previam uma genérica proteção às liberdades começaram a se mostrar insuficientes para fazer frente às necessidades e reivindicações que se acumulavam. Vários movimentos foram encetados de modo a constranger os governos a aceitar a implementação de ajustes conceituais na ordem jurídica constitucional, aproximando os sistemas legais da realidade que se construía naquele período, a qual, certamente, não pode ser confundida com aquela que dera ensejo ao Estado Liberal e sua Constituição.¹⁶⁵ Fato é que a nova realidade, forjada em muito graças à força dos movimentos operários, trouxe à luz nítidas precariedades do modelo liberal então vigente. Se este, por cerca de um século, mostrou-se ideal ao atendimento das carências acumuladas sob a égide dos regimes absolutistas, em fins do Século XIX e início do XX não era capaz de resolver os problemas que se apresentavam.

Como consequência de um longo e gradual movimento, que se inicia em meados do Século XIX e só se completa após 1945 (ao menos nos países europeus centrais), repleto de percalços, muitas vezes banhado a sangue e desenvolvido em diferentes ritmos nos vários países - na medida em que adquiriam vulto as contestações sociais - os Estados se viram compelidos a assumir novos rumos, abarcando tarefas positivas, tendentes a assegurar a subsistência dos homens em condições minimamente aceitáveis. Neste turno, mudanças

¹⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 147. Relembre-se a precocidade com que Ferdinand Lassalle denunciou este problema, ainda no ano de 1862, antecipando-se ao agravamento deste fenômeno. Naquele instante, Lassalle já identificara a deturpação ocorrida quanto às pretensões originárias do constitucionalismo, a transformar a Constituição em pedaço de papel cujo conteúdo era determinado pelo que chamava *factores reais de poder*, ou, em outras palavras, a manifestação dos interesses de grupos organizados e econômica ou politicamente dominantes. Daí que, em seu manifesto pela valorização da Constituição real e efetiva, afirmava ser necessário buscar o que esta realmente é (sua essência), e não apenas o que aparenta ser (sua representação formal). LASSALLE, Ferdinand. *Que es una Constitución?*. Trad. W. Roces. Madrid: Cenit, 1931. p. 52-54, 65-66 e 72-81.

¹⁶⁵ Nas palavras de Karl Loewenstein, “Las vacías fórmulas de libertad y igualdad tenían que ser rellenas con el contenido material de unos servicios públicos que garantizasen a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y justicia social.” LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 399.

legislativas - especialmente na ordem constitucional - foram implementadas de modo a viabilizar a crescente intervenção da ordem jurídica no domínio econômico, passo crucial na tentativa de oferecer resposta aos movimentos sociais, em especial operários, em sua luta pela regulação das atividades produtivas.¹⁶⁶

Assim é que surgem mecanismos de suporte aos desamparados e desempregados, restrições ao trabalho de menores e mulheres são criadas, é limitada a jornada de trabalho, a liberdade contratual e de concorrência são restringidas. Além disto, consolidam-se vários direitos como consequência da gradual inclusão de grupamentos sociais na estrutura política estatal: o fim da escravidão, a tolerância religiosa, a liberdade de manifestação, de associação, de comércio, a extensão do sufrágio até sua universalização.¹⁶⁷ Esta última conquista (o sufrágio universal, que não veio sem enormes contestações) teve papel fundamental no movimento de reestruturação democrática do Estado, visto que possibilitou inserir no cenário político personagens historicamente alijadas das estruturas de poder.¹⁶⁸ Analisando o tema à luz da realidade dos anos 1930, em plena ebulição das mudanças sociais e constitucionais, Boris Mirkine-Guetzévitch afirmava:

Hoje, não se pode dizer, por exemplo, que o sufrágio universal, proclamado nas constituições, não criou realidades políticas; o próprio fato de levar para a vida política grandes massas humanas, é um acontecimento que merece atenção, é um fator que, senão imediatamente, ao menos num futuro mais ou menos próximo, pode mudar a correlação real das forças.¹⁶⁹

Naturalmente, foram transformações lentas, que, como já comentado, seguiram rumos e ritmos diversos nos variados países do mundo ocidental, sendo difícil delimitar

¹⁶⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975. p. 83. SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2004. p. 430-431.

¹⁶⁷ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 398-399.

¹⁶⁸ GRIMM. *Constitucionalismo...* *Op. cit.*, p. 187. Relevante notar que, nos últimos anos da vida imperial no Brasil, foi reformulado o sistema de sufrágio. Contudo, ao contrário da tendência européia daquele período, procedeu-se a substancial redução da base de eleitores, retirando-se o direito de voto dos analfabetos e elevando-se o nível de renda necessário para tomar parte no processo eleitoral. ROCHA, Leonel Severo da. *A Democracia em Rui Barbosa*. O projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 15.

¹⁶⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933. p. 44.

marcos iniciais e finais precisos. É razoavelmente consensual, contudo, que o período entre as duas grandes Guerras oferece algumas manifestações que nitidamente assinalam a tentativa de recuperar o prestígio das Constituições, afastando-se da realidade vivenciada nas décadas anteriores, momento em que, como sustenta Fioravanti, na Europa não existia uma Constituição sequer que pudesse ser afirmada como democrática, posto que incapazes de lidar com o clamor por igualdade de participação no cenário social, de equilíbrio entre governantes e governados.¹⁷⁰

A partir de textos elaborados neste momento, buscou-se aperfeiçoar um novo modelo estatal, no qual se encontra totalmente disciplinada a economia, consagram-se direitos fundamentais de natureza prestacional, preserva-se a autonomia da vontade, mas, ao mesmo tempo, cuida-se de assegurar a igualdade, oferecendo a todos espaços onde as liberdades possam ser exercidas, enfim, um Estado onde o *bem-estar social* seja a prioridade.¹⁷¹

Reestruturando-se segundo semelhantes parâmetros, algumas nações, no período compreendido entre as décadas de 1910 e 30, buscaram romper os laços com o modelo político-jurídico liberal e sua crise. Fortemente escorados pelos embriões de um novo paradigma constitucional, seus governos começaram a abandonar o papel de guardiões - inertes - de uma genérica liberdade para configurar-se como instrumento de ação, muitas vezes com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais.¹⁷² Entra em cena,

¹⁷⁰ Fioravanti sustenta que, na virada do Século XIX para o XX, na Europa não existia qualquer Constituição democrática, no sentido de conter em seu seio instrumentos para plena manifestação da vontade popular e estruturação de um Estado centrado na soberania do povo. Este quadro começa a se alterar com a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919. FIORAVANTI. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Op. cit.*, p. 148-149.

¹⁷¹ São exemplos do nascimento do Estado Social a promulgação das Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, em 1919, assim como a política do *New Deal* norte-americana, como resposta à crise econômica de 1929. Sobre o sistema de proteção jurídica elaborado na Constituição de Weimar, pautado na positivação de direitos fundamentais de natureza social, veja-se a obra de SMEND, Rudolf. *La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 4-11. Também Alexy lembra residir nesta Constituição o primeiro catálogo nacional de direitos fundamentais da Alemanha. ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 33.

¹⁷² MOREIRA. O Futuro da Constituição. *Op. cit.*, p. 314-315.

então, a certeza de que os Estados não podem mais restringir seu papel ao formal reconhecimento das liberdades individuais, sendo-lhes imperativo criar um mínimo de condições necessárias para assegurar a independência social, conferindo concretude aos textos constitucionais.¹⁷³

Entretanto, o caminho da democracia e da proteção aos direitos dos homens nem sempre foi buscado como meio para superar insuficiências do Estado Liberal. Em muitos países, como alternativa à crise deste modelo, ganhou força o sedutor canto do totalitarismo, com suas respostas rápidas e incisivas aos problemas sociais e econômicos que se acumulavam. Com perfil altamente interventor, Estados como a Alemanha nazista implementaram planos de dominação, manipulando o Direito a fim de que suas regras servissem como instrumento legitimador para condutas que, ressalte-se, não se dissociavam de um ideal comum, perseguido, freqüentemente, por grupamentos humanos amplamente majoritários.

Constatada esta realidade, após a derrocada das potências do Eixo e ante a necessidade de oferecer uma alternativa ao Estado Socialista, clara restou a precariedade dos sistemas protetivos de direitos, dos mecanismos de controle do poder estatal, dos elementos básicos imprescindíveis à preservação dos grupos minoritários. Enfim, não mais se podia compactuar com o desprestígio e o esvaziamento das Constituições; não se podia aceitar a subsistência de regimes que não tivessem na defesa da democracia sua razão de existir.

Em resposta a reclamos pela implementação de um novo arquétipo estatal, capaz de se colocar como alternativa ao paradigma liberal ainda vivente e do arbítrio institucionalizado que em várias nações grassou, o Estado capitalista, então, se reinventou, aprofundando

¹⁷³ MIRKINE-GUETZÉVITCH. *Op. cit.*, p. 82. Estas concepções, contudo, encontraram resistência dentro das nações que buscaram se orientar segundo tais parâmetros. O melhor e mais fartamente documentado exemplo que se tem é fornecido pela Alemanha dos anos 1920 e 30, onde, por variadas razões, não conseguiu prosperar - pelo menos no sentido originalmente pensado - o projeto de intervenção estatal na vida privada com o propósito de disseminar um sistema protetivo de valorização de direitos fundamentais. Algumas críticas ao modelo plasmado na Constituição de Weimar podem ser encontradas em SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996. p. 175-185.

mudanças surgidas no período entre Guerras de modo a viabilizar a instauração de uma nova ordem, na qual não houvesse espaço para que novamente os Poderes Públicos e o Direito fossem utilizados com o fim de aniquilar valores essenciais à existência humana. Cedendo ante a concreta *ameaça socialista*, finalmente o sistema liberal sucumbiu às reivindicações acumuladas por anos e uma nova forma de pensar e conduzir as relações do poder com a sociedade civil entrou em cena.¹⁷⁴

Profundas alterações nas ordens social, política, econômica e jurídica ganharam impulso, fornecendo, o produto deste trabalho, os alicerces a partir dos quais ergueu-se um sistema constitucional orientado pelo ideal democrático, pautado na incondicional proteção do ser humano. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, definitivamente se mostraram presentes as condições de possibilidade para o desenvolvimento de uma nova concepção política constitucional, em cujo seio se busca conjugar, intimamente, as garantias jurídico-legais, as conquistas democráticas e a preocupação social, conferindo peculiar feição ao Estado que desta combinação surge.¹⁷⁵

O *Estado Social*¹⁷⁶ sucede, por vezes sem uma necessária solução de continuidade, ao Estado Liberal, incorporando em sua ordem constitucional elementos que permitam integrar politicamente todos os segmentos sociais e privilegiando, com especial ênfase, a igualdade material de todos os homens. Tal transição representa um resgate de noções afeitas ao constitucionalismo primitivo, onde, de um lado, o povo é contemplado como “(...) unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a revolução francesa, o titular do poder político” e, de outro, “(...) para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (...) e do

¹⁷⁴ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 399.

¹⁷⁵ Jorge Miranda destaca a travessia realizada pelas Constituições, da realidade vivenciada quando da fundação do Estado Liberal, momento em que “(...) pediu-se segurança *jurídica*, um regime de garantia das pessoas e dos bens (...)”, para um modelo que atendesse aos reclamos por *segurança social*, privilegiando a satisfação de necessidades humanas básicas. MIRANDA. *Contributo... Op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁶ Segundo Pablo Lucas Verdú, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, utiliza pela primeira vez a fórmula *Estado Social de Direito (Sozial Rechtsstaat)*, agregando o adjetivo *social* à expressão cuja alcunha é atribuída a Hermann Heller, em sua teorização do modelo estatal concebido pela Constituição de Weimar. VERDÚ. *La Lucha por el Estado de Derecho. Op. cit.*, p. 81-82. O tema pode ser encontrado em HELLER. *Teoria do Estado. Op. cit.*

individualismo que se afasta, a liberdade - pública e privada - das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva e a limitação do poder político um objectivo permanente;”¹⁷⁷.

É possível notar que o Estado Social, ao mesmo tempo em que mantém vivas inúmeras conquistas do liberalismo, opera um corte profundo na tentativa de se separar do modelo anterior, buscando diferentes alicerces de legitimidade e um conteúdo democrático claramente diferenciado, posto que pautado na abertura à maior participação social. Com isso, abre-se espaço para articular a defesa das liberdades individuais com a preservação da real igualdade dos indivíduos, combinando-se à igualdade jurídica a igualdade social; à segurança jurídica, a segurança social; a importantes aspectos do liberalismo político (mas não necessariamente econômico), a democracia.¹⁷⁸

Este modelo ganhou vulto nas décadas de 1950 e 1960, tendo se feito presente de modo mais claro em países economicamente desenvolvidos, em grande parte como consequência da nova ordem econômica e financeira delineada na conferência de Bretton Woods. Naquele mês de julho de 1944, as potências capitalistas aliadas (mais notadamente Estados Unidos e Grã-Bretanha, já que França ainda se encontrava sob ocupação nazista), sob auspiciosa condução de John Maynard Keynes, traçaram com vivas cores o panorama da economia mundial para as décadas seguintes. E assim, por intermédio de organismos internacionais como o FMI e o Banco Mundial, gestados em Bretton Woods, as nações européias recém saídas da II Guerra foram reconstruídas, cabendo a seus governos tal tarefa, de modo que a antiga política de não interferência dos Poderes Públicos na sociedade civil restou definitivamente sepultada.¹⁷⁹

E assim, diante deste quadro, não sobrou alternativa aos governos senão ceder ante as pressões dos grupos não dominantes economicamente e suas exigências por proteção contra o

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 52-53.

¹⁷⁸ FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 149.

¹⁷⁹ WACHTEL, Howard M. *Os Mandarins do Dinheiro*. As origens da nova ordem econômica supranacional. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 37-48.

poder do capital, por serviços públicos e políticas sociais incluídas, por efetiva igualdade no gozo de direitos fundamentais.¹⁸⁰ É certo que a implantação do Estado Social aconteceu de diferentes maneiras, não sendo absolutamente idênticos o *Welfare State* norte-americano e o *État Providence*, francês, por exemplo. As nuances identificadas em diferentes nações, contudo, não inviabilizam a construção de uma base comum a caracterizar este tipo estatal como aquele onde padrões “(...) mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, [são] oferecidos a todo cidadão, não como caridade mas como direito político.”¹⁸¹ Em suma, um modelo de gestão dos interesses públicos que outorga aos Estados a tarefa positiva de tornar efetiva a tutela dos direitos fundamentais, contemplados em uma pauta cada vez mais alargada e firmemente inscrita nas Constituições, impondo-lhes crescente participação na vida social.¹⁸²

Nesta transição, realçadas em seu papel de repositório das conquistas sociais e reforçadas em seus mecanismos garantidores, adquiriram as Constituições força incontestável, aparecendo como fundamento basilar para a implementação desta nova fase em que adentra o Estado de Direito. García de Enterría assim sintetiza este movimento:

La idea de la Constitución debe ser referida (...) a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los autoritarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquellos (...) que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro.¹⁸³

¹⁸⁰ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 399. Para Reinhold Zippelius, sob uma concepção liberal, o Estado deve garantir ordem e segurança; bem estar e felicidade são deixados às decisões individuais e (ao menos idealmente) livres dos cidadãos. Já o Estado Social publiciza a busca pelo bem estar geral e a justiça social, assumindo tais tarefas ao lado dos indivíduos. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. p. 155.

¹⁸¹ REGONINI, Gloria. Estado do Bem-estar. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2004. p. 416.

¹⁸² MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição. Op. cit.*, p. 53. LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 399.

¹⁸³ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma... Op. cit.*, p. 50.

A positivação nos textos constitucionais de novos direitos, reconhecidos como fundamentais, destinados a preservar o ser humano e garantir sua participação na vida política, realçou nas Constituições traços até então pouco valorizados. Há que se destacar, contudo, que, se por um lado o reconhecimento de direitos fundamentais em normas constitucionais positivas não pode ser visto, propriamente, como uma novidade, por outro, discrepa à concepção clássica do constitucionalismo o papel de centralidade a estes ora outorgado.¹⁸⁴

A partir da década de 1950, entra em marcha nos países europeus centrais (especialmente a então Alemanha Ocidental) um processo de redescoberta e desenvolvimento dos direitos fundamentais, aos quais é conferida a qualificação de *normas objetivas de princípio*, reflexo das opções valorativas dos povos (resgatando-se a teoria de Rudolf Smend, pensada à luz da Constituição de Weimar, acerca da natureza valorativa dos direitos fundamentais). Resta evidente, do pensamento que neste período começa a ganhar corpo e se projetar pelo mundo, a *estrutura dual* dos direitos fundamentais, que se qualificam, de um lado, como direitos subjetivos dos cidadãos face ao Estado (a compreensão tradicional), e, de outro, como normas objetivas que expressam um conteúdo axiológico de validade universal e estabelecem um correlativo sistema de valores, levando, para dentro da ordem jurídica positiva, elementos de cunho moral.¹⁸⁵

Neste período - e, com ainda maior ênfase, nas décadas finais do Século XX - cresce em importância a defesa do *pluralismo*, movimento que sustenta a necessidade de as Constituições serem capazes de comportar valores diferentes - e mesmo conflitantes - de modo a permitir a expressão dos variáveis interesses coexistentes nos grupos sociais. Segundo esta concepção, as Constituições contemporâneas devem admitir uma dogmática fluida, onde

¹⁸⁴ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 401.

¹⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 105-107.

diferentes conceitos e valores possam coexistir, mantendo sua individualidade, sem que um venha a se impor ou eliminar os demais. Estes valores diferentes refletem os diversos interesses expressados por cada um dos segmentos humanos que precisam conviver sob o mesmo governo.¹⁸⁶

Quando se tem em mira a realidade de intolerância e exclusão que grassou nos Estados totalitários, queda-se claramente justificada esta preocupação em reconhecer os direitos do *outro*, do *diferente*, sedimentando caminhos para a convivência harmônica mesmo entre grupos com interesses aparentemente antagônicos.¹⁸⁷ Nisto reside, por sinal, um dos alicerces das sociedades democráticas atuais, cabendo às Constituições fornecer condições para que este valor maior seja resguardado, assegurando a existência de espaços pelos quais seja possível aos titulares destes direitos reivindicar sua plena realização.

A carga valorativa reconhecida a semelhantes direitos foi decisiva para que se lhes atribuísse papel central no ordenamento jurídico, figurando, ainda, como fundamento de legitimidade primeiro de toda a normativa infraconstitucional. A conformidade de cada ramo do Direito com a ordem constitucional de valores reflete o que alguns autores denominam *efeito de irradiação*, característica marcante desta nova fase do constitucionalismo que implica na permanente influência dos direitos fundamentais no sistema de regras positivas, de

¹⁸⁶ ZAGREBELSKY. *El Derecho Dúctil. Op. cit.*, p. 17. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 49. CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo, minorías y derechos. in CARBONELL, Miguel; PARCERO, Juan Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 249-252.

¹⁸⁷ Lembra Vital Moreira que “Os Estados Nacionais, sobretudo os de unificação recente, como sucedia na Alemanha ou na Itália, não pouparam medidas, mesmo as mais repressivas, para a homogeneização e unificação oficial do povo. A unicidade e homogeneidade do povo eram a contrapartida necessária da unicidade territorial e do poder político-administrativo. (...) Hoje, porém, a perspectiva é justamente a contrária. Descobriu-se a diversidade e o pluralismo étnico, lingüístico e religioso de muitos países europeus, mesmo dos que presumiam de longas tradições de unidade e homogeneidade. Passou a cultivar-se o reconhecimento e a protecção das minorias.” MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 320.

sorte que sua elaboração, interpretação e aplicação se vêm diretamente submetidas à tarefa de conferir àqueles direitos vida e concretude.¹⁸⁸

A chegada dos direitos fundamentais a semelhante patamar se deu no bojo de um novo desenho constitucional, no qual podem ser identificados três dados básicos. O primeiro reside na *contenção do conteúdo liberal da Constituição*, deixando os direitos fundamentais de serem compreendidos apenas como direitos de defesa do cidadão face ao Estado, convertendo-se em normas que traçam programas sociais a serem por este cumpridos.¹⁸⁹ O segundo seria a *subjetividade da ordem de valores plasmada na Constituição*, numa tentativa de abarcar a pauta axiológica socialmente reconhecida, conferindo-lhe status constitucional e, conseqüentemente, força normativa. A terceira característica é o alvorecer da *jurisdição constitucional como instrumento de proteção para os direitos fundamentais*, abrindo-se margem a que as Cortes Constitucionais possam sempre valorar, juridicamente, as condutas dos poderes públicos, funcionando como instância de mediação para as reivindicações sociais.¹⁹⁰

Todos estes elementos que revestem o modelo estatal forjado a partir deste desenho constitucional - ou, na expressão de Forsthoff, o *Estado Constitucional de Direito* - permitiram que se alcançasse novo patamar de proteção social e diferente compreensão do próprio Direito, reconhecendo nas Constituições o ponto de partida para que se formem as

¹⁸⁸ BÖCKENFÖRDE. Sobre la situación... *Op. cit.*, p. 110-111. Canaris questiona a amplitude do conceito de eficácia de irradiação que não seria, a seu ver, suficiente para sustentar uma completa vinculação das normativa infraconstitucional à pauta valorativa inscrita na Constituição, permitindo, assim, a ampla revisão do sistema legal à luz dos parâmetros traçados por esta última. CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 43-47.

¹⁸⁹ ALEXY. *Tres Escritos...* *Op. cit.*, p. 36. Segundo Loewenstein, os novos direitos fundamentais plasmados nas Constituições contemporâneas “No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado la protección contra el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado. El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales.” LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. *Op. cit.*, p. 400-401.

¹⁹⁰ CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005. p. 6-7.

sociedades democráticas.¹⁹¹ Esta fase do constitucionalismo vem sendo denominada - notadamente por autores espanhóis e italianos - de *neoconstitucionalismo*.

Dentre os traços que permitem identificar neste momento um novo paradigma constitucional identifica-se a presença de uma Constituição transformadora, onde encontra guarida uma pauta grandemente alargada de direitos fundamentais (tanto direitos de liberdade quanto de natureza social) que formam seu núcleo básico e conferem as condições procedimentais para a participação dos indivíduos nos espaços públicos de debate. Tais direitos, por seu turno, revestem-se de força incontrastável, especialmente ante o fato de refletirem a positivação de valores sociais, o que permite reaproximar Direito e Moral,¹⁹² dando ensejo a uma renovada compreensão acerca do papel do Direito, que se afirma em uma dimensão promovedora, na medida em que é incumbido de traçar rumos para a vida social.

Com isso, abre-se espaço para romper a clássica tensão existente entre Estado e sociedade civil, seja implementando crescentes oportunidades de participação social na formação das decisões coletivas, seja impondo ao Estado papel mais atuante na condução dos interesses comuns, levando-o a se imiscuir em assuntos eminentemente privados (ao menos sob a ótica liberal). Alteram-se, assim, os liames existentes entre as esferas pública e privada, fazendo-se presentes crescentes zonas de sobreposição onde se confundem as tarefas tradicionalmente repartidas entre Estado e sociedade civil, o que não acarreta, contudo, o esquecimento desta dicotomia, condição essencial à defesa de uma democracia deliberativa.

Semelhantes transformações permitem sustentar que o modelo de poder erigido sobre os alicerces do neoconstitucionalismo apresenta um firme ideal *participativo*, reconhecendo a todos os atores sociais importante papel político na medida em que a tarefa de assegurar a

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 168. ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 240-241.

¹⁹² VERDÚ. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Op. cit., p. 86.

concretude dos direitos fundamentais cada vez mais se distribui entre entes públicos e privados.¹⁹³ Para Sanchís, o que se tem é, de forma sintética, o seguinte:

El constitucionalismo europeo de posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo.¹⁹⁴

É importante destacar, desde já, que o termo *neoconstitucionalismo* tem sido invocado não apenas para designar a Teoria Constitucional que se desenvolve no pós Segunda Guerra, servindo também para identificar uma nova compreensão acerca da Teoria do Direito, dada a estreita vinculação que se instala entre as Constituições e o arcabouço de validade das normas jurídicas. Para Alfonso García Figuerola, a este significante se tem agregado sentidos que permitem sob seu rótulo agregar um conjunto de teorias que têm proporcionado “(...) una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.”¹⁹⁵

Na seara dos estudos constitucionais, os teóricos do neoconstitucionalismo se vêm debruçando sobre os sistemas erigidos nos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, momento em que se operou substancial alteração nos rumos no Direito, entrando em

¹⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 110. GRIMM. *Constitucionalismo...* *Op. cit.*, p. 197-198. E do quadro sucintamente traçado até aqui fica evidente que, em certo sentido, a história do constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais, de sua afirmação social e progressivo (e não raro inconstante) alargamento, de sua influência decisiva para o delineamento dos modelos estatais e a relação entre estes e a sociedade civil. MOREIRA. O Futuro da Constituição. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 213.

¹⁹⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 164-165. *Neoconstitucionalismo* é termo que vários autores utilizam para designar todo um sistema de pensamento jurídico que se espalha pela Teoria Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia Jurídica, sempre a partir de uma raiz comum: *um novo paradigma constitucional, impregnado de elementos valorativos, que impõe a reaproximação entre Direito e Moral e permite a compreensão dos fenômenos jurídicos sob diferente prisma, com o que se rompe em definitivo com o formalismo positivista*. Em texto de Paolo Comanducci encontra-se uma tentativa de sistematizar estas diferentes compreensões autorizadas pelo termo neoconstitucionalismo, falando, o autor, em *neoconstitucionalismo teórico* - quando este se refere à Teoria do Direito; *neoconstitucionalismo ideológico* - sobre sua vertente ligada à Jusfilosofia e a aproximação entre Direito e Moral; e *neoconstitucionalismo metodológico* - sobre a nova dimensão assumida pela Teoria Constitucional. No presente trabalho prioriza-se a apreciação das teorias neoconstitucionalistas que mais se aproximam desta última acepção, sendo certo, contudo, que algumas incursões nas demais searas são inevitáveis dadas as óbvias raízes comuns às três vertentes. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 82-87.

cena, com toda a força, a necessidade de garantir a integridade de novos direitos fundamentais e da democracia. Este movimento conta com a participação preponderante de autores europeus, notadamente espanhóis, italianos e alemães (embora não se encontre termo que se possa traduzir por *neoconstitucionalismo* na literatura destes últimos), que buscam explicar e conceituar as mudanças acima enunciadas, verificadas na estrutura e no conteúdo das Constituições.

A presença norte-americana neste debate também se faz sentir, muito embora esta se encontre adstrita, prioritariamente, às vertentes identificadas com a Teoria e a Filosofia do Direito (neoconstitucionalismo teórico e ideológico, na classificação de Comanducci, onde se pode classificar, por exemplo, a obra de Ronald Dworkin), pouco se manifestando acerca da Teoria Constitucional.

A centralização do debate acerca do neoconstitucionalismo metodológico no continente europeu não é de se estranhar na medida em que muitos dos traços marcantes deste novo arquétipo constitucional são importados da tradição norte-americana e sua certeza de que a Constituição deve ser compreendida como uma garantia para a sociedade. O apoio em semelhante certeza abre espaço para que se abandonem as crenças num modelo pautado na justificação e orientação do poder estatal e controle das forças políticas (sociais ou monárquicas) em prol do reconhecimento de seu papel como espaço protetivo dos interesses comuns e materializador de valores plurais.¹⁹⁶ Sendo certo que, em vários aspectos, semelhante forma de pensar a Constituição está longe de ser algo novo para os norte-americanos, fácil fica compreender porque preferem concentrar seus esforços em temas mais candentes naquele país, como as diferentes dimensões do Positivismo Jurídico na Teoria do Direito, por exemplo.

¹⁹⁶ Segundo Sanchís, “La novedad (...) es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental.” SANCHÍS. El Constitucionalismo de los Derechos. *Op. cit.*, p. 214.

Embora se mostre, em grande parte, como um olhar para o passado,¹⁹⁷ por cujo intermédio pensadores do Direito contemporâneos se esmeram em perscrutar mudanças na ordem jurídica por vezes consolidadas há algumas décadas, no seio do neoconstitucionalismo têm sido elaboradas teses imprescindíveis à compreensão da realidade ainda vivenciada em boa parte do mundo ocidental. Como sustenta Menelick de Carvalho Netto, “(...) constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição”,¹⁹⁸ donde uma corrente de pensamento que se propõe a explicar uma realidade cultural, social, política e historicamente construída não é algo que deveria causar estranheza ou arrepios. E maior relevância se agrega a este estudo quando se percebe que os elementos basilares deste modelo encontram-se plasmados na atual Constituição brasileira, que tem nos direitos fundamentais seu sustentáculo e se propõe a funcionar como fundamento de um novo modelo estatal, no qual a participação democrática seja uma realidade.

Desta feita, o conceito atribuído às Constituições contemporâneas por juristas como Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Riccardo Guastini ou Luigi Ferrajoli merece ser esmiuçado. São teses que dialogam intimamente com a teoria deliberativa da democracia, no que contribuem para se compreender o papel desempenhado pelos direitos fundamentais na vida social, propiciando maior grau de participação democrática em sociedades onde impere o respeito às diferenças e à pluralidade.

¹⁹⁷ Sanchís identifica no neoconstitucionalismo “(...) la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado; por tanto, un modelo histórico que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad, pero, a mi juicio, sí unos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo pero sí diferente a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico.” SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001. p. 18.

2.3. Traços distintivos da teoria constitucional contemporânea

Embora não haja uma perfeita uniformidade entre as Constituições do mundo ocidental - o que, dadas as naturais diferenças existentes entre os povos e culturas, mais do que esperado, é algo mesmo desejável - existem algumas características que se fazem presentes, em maior ou menor grau, nos textos nascidos após a Segunda Guerra, frutos de uma diferente matriz conceitual que passa a informar a Teoria Constitucional.

O constitucionalismo que ganha corpo a partir deste momento histórico (primeiramente no continente europeu, nas décadas seguintes também em diversos países da América Latina e, no Brasil, com a Constituição de 1988) se funda em novos referenciais, adquirindo, as Constituições, um papel de relevo até então pouco conhecido. Os direitos fundamentais alcançam posição cimeira na ordem jurídica, figurando como condição para convivência na sociedade plural e participação nos espaços públicos de debate, com o que se configuram como requisitos para a própria democracia e, conseqüentemente, fonte de legitimidade para o sistema constitucional.¹⁹⁹

É possível coligir alguns traços distintivos que gravam a teoria do neoconstitucionalismo de modo a permitir uma melhor compreensão do fenômeno. Antes de se passar a eles, contudo, cumpre repetir, ainda uma vez, breve advertência: nas características a seguir apresentadas encontra-se uma tentativa de sistematizar esta vertente da Teoria Constitucional, a qual, por seu turno, como toda tese com pretensões de universalidade, não abarca as peculiaridades que podem ser identificadas nos variados sistemas jurídicos vigentes. Ademais, mesmo entre os autores que se debruçam já há tempos sobre o tema parece estar

¹⁹⁹ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 171.

longe o consenso acerca de sua estruturação teórica, restando viva a chama do debate e, conseqüentemente, sua atualidade.²⁰⁰

a) Rematerialização - positivação da pauta de valores sociais fundamentais

Se, em sua origem, a principal utilidade das Constituições era delimitar os campos de atuação do poder soberano, garantindo as liberdades individuais contra toda forma de arbítrio, na contemporaneidade espera-se delas muito mais. Limitar o legislador, estabelecendo os modos para produção do Direito, é apenas um dos papéis conferidos aos textos constitucionais, ao qual se soma a tarefa de regular a vida em sociedade, assegurando a integridade dos direitos fundamentais, a possibilidade de participação dos indivíduos nos espaços públicos institucionais e as condições para convivência harmônica entre os diversos grupos sociais que se reúnem sob um mesmo governo.²⁰¹

O espectro dos direitos reconhecidos como fundamentais, por seu turno, não mais pode ser limitado aos direitos de liberdade dos cidadãos face ao Estado, sendo imperioso admitir-lhe conteúdo bastante mais amplo. Em verdade, os direitos fundamentais constituem-se como uma larga esfera de proteção para todos, seja enquanto indivíduos isoladamente considerados, seja como membros de uma coletividade plural. Mais importante: contemplam não apenas liberdades individuais e igualdade geral, mas também uma diversificada e crescente pauta de tarefas - oponíveis tanto aos Poderes Públicos quanto à própria sociedade civil.²⁰² E a implementação destes direitos afigura-se dever tanto de atores sociais quanto

²⁰⁰ É importante destacar que a teoria do neoconstitucionalismo não reina sozinha no cenário jurídico atual, podendo ser identificadas variadas críticas a seus pontos centrais, o que contribui para manter vivo salutar debate acerca dos rumos do constitucionalismo.

²⁰¹ SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 113-114.

²⁰² Este dado, da divisão de tarefas entre Poderes Públicos e sociedade civil, confere as feições do que Dieter Grimm denomina *Estado Pactista* (na tradução espanhola). GRIMM. *Constitucionalismo...* *Op. cit.*, p. 196.

estatais, na busca por se combinar, no maior grau, a liberdade de autodeterminação e a possibilidade de participação no cenário político deliberativo.²⁰³

Este núcleo essencial da normativa constitucional não deve aparecer, por certo, como uma decisão categórica de algum grupo que porventura tente impor seus parâmetros valorativos ao restante do corpo social. Em outras palavras, a positivação dos direitos fundamentais não pode ser vista como uma maneira de delimitar ou restringir os espaços de proteção e possibilidades de participação conferidos aos homens, menos ainda como argumento para excluir alguns do sistema de salvaguardas instituído.²⁰⁴ Os direitos fundamentais precisam ser compreendidos como uma *abertura de possibilidades* para que, da melhor maneira possível, possam ser os interesses sociais tutelados, permitindo-se acomodar as situações conflitantes a partir das necessidades concretas que se apresentem como produto da direta participação social por meio dos canais institucionais oferecidos.²⁰⁵

As normas jurídicas que os consubstanciam não cumpririam seu papel se estabelecessem rígidos padrões de conduta, com o que em muito se dificultaria a tarefa de abrir espaço para que reivindicações possam ser formuladas e divergências acomodadas. Assim, melhor funcionam quando fixam fluidas metas, consistindo uma aposta do neoconstitucionalismo a crença na força e na abertura dos princípios jurídicos, com que se identificam os direitos fundamentais. Isto não deve ser visto, contudo, como uma autorização para que qualquer situação juridicamente relevante seja solucionada pela direta aplicação da normativa constitucional, com absoluto desprezo ao papel do legislador ordinário.

Os direitos fundamentais constitucionais ostentam a condição de princípios supremos do ordenamento jurídico, cabendo-lhes não apenas fixar parâmetros para a relação entre indivíduos e Poderes Públicos, mas também definir espaços de inter-relacionamento para

²⁰³ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 172-173.

²⁰⁴ SANCHÍS. El Constitucionalismo de los Derechos. *Op. cit.*, p. 218.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288.

estes, influenciar nas relações intersubjetivas dos atores jurídicos, outorgar ao Estado deveres de proteção.²⁰⁶ Funcionam, assim, como o referencial primeiro tanto para a atividade legislativa quanto para o processo interpretativo, cumprindo a sua inerente indeterminação a tarefa de melhor acomodar as diferentes reivindicações que precisam ser tuteladas em sociedades plurais.²⁰⁷

Semelhante pauta de direitos, por seu turno, escora-se em postulados que transcendem ao Direito e assentam suas bases na ordem moral, como destaca Alfonso García Figuera: “El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales.”²⁰⁸ Ao Direito se reconhece, então, uma forte carga axiológica, cumprindo aos direitos fundamentais refletir os valores sociais mais candentes, num processo de positivação de comandos antes identificados com o plano do direito natural.²⁰⁹

Neste sentido, o diferente perfil imprimido a tais direitos permite aproximar constitucionalismo e democracia, reconhecendo nestes uma relação de co-dependência na medida em que as pretensas limitações impostas pelo constitucionalismo às liberdades privadas se mostram, em verdade, como condição para que se forme a sociedade estatal. Ao

²⁰⁶ BÖCKENFÖRDE. Sobre la situación... *Op. cit.*, p. 95.

²⁰⁷ Dentre as críticas que alguns autores fazem à teoria do neoconstitucionalismo encontra-se a possibilidade de abertura excessiva dos direitos fundamentais, que permitiria utilizá-los como justificativa para qualquer espécie de construção interpretativa. A exacerbação desta tendência transformaria a Constituição em um - na expressão de Forsthoff - *ovo jurídico*, espaço do qual qualquer coisa poderia ser retirada. Como se demonstra ao longo do texto, esta crítica não parece suficientemente forte para desconstituir este que é um dos alicerces do neoconstitucionalismo: a crença na força dos direitos fundamentais como um momento de conciliação entre valores divergentes, típicos de sociedades plurais. Uma visão crítica ao neoconstitucionalismo pode ser encontrada em AMADO, Juan Antonio García. *Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo.* in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.* Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 237-264.

²⁰⁸ FIGUEROA. *La Teoría del Derecho...* *Op. cit.*, p. 165. Importante realçar que nem todos os autores filiados a esta corrente admitem semelhante identificação entre Direito e Moral. Sanchís é um destes, parecendo-lhe claro que o atual constitucionalismo “(...) no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral (...)”, pelo que se sustentaria a tese positivista da separação entre estes dois âmbitos. SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 134.

²⁰⁹ ARIZA. *La Ciencia Jurídica...* *Op. cit.*, p. 244. Em Habermas se encontra a idéia de que os direitos fundamentais positivados nas Constituições representam o atendimento às necessidades que as sociedades consensualmente reconhecem como carentes de satisfação, nelas identificando verdadeiros problemas que afetam a moral pública. HABERMAS. *O Estado Democrático de Direito.* *Op. cit.*, p. 170-171.

permitirem o controle público das paixões, viabilizam a convivência na diferença, elemento essencial para qualquer sociedade que se pretenda pluralista.

E o Estado que se funda neste diferente (em comparação à lógica liberal européia decimonônica) modelo de Constituição e de democracia assume por imperativo lógico canalizar suas forças, em todos os planos, na busca por implementar as condições mínimas capazes de conferir efetividade às promessas constitucionais. Cumpre-lhe, portanto, zelar pela realização em máximo grau destes valores, garantindo a tutela dos interesses sociais e a participação dos indivíduos na vida política, permitindo-lhes construir, pelo uso racional e público da razão, suas pautas de reivindicações.

Firmam-se, desta forma, a preservação do ser humano e a construção de uma sociedade democrática plural como os principais escopos da atuação estatal - dos quais derivariam os demais, como a proteção da integridade territorial ou dos indicadores econômicos - e norte dos Poderes instituídos. Neste diapasão é o comentário de Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.²¹⁰

Assim é que nas Constituições passa a residir o fundamento a partir do qual se pode sustentar uma série de reivindicações populares, fornecendo, seu texto, as bases procedimentais para que estas venham a ser concretizadas pelas vias institucionais de participação democrática postas à disposição da sociedade.

²¹⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19. Afinal, como incisivamente afirma Erhard Denninger, o Estado Constitucional não é um *presente que cai do céu*, sendo imperativo o empenho dos cidadãos para que este seja construído e se torne uma realidade. Às Constituições cabe tão somente oferecer as condições prévias para que semelhante atividade seja desenvolvida. DENNINGER, Erhard. *Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo?* in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 10.

b) Reconhecimento do caráter de norma suprema à Constituição, não por convenção formal, mas em função do conteúdo material e da carga valorativa que carrega

No instante em que se reconhece nas Constituições o espaço para materializar a tábua axiológica fundamental, o próprio alicerce sobre o qual se assenta a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico é alterado. Se, consoante a concepção formalista prevalente na doutrina do Positivismo, especialmente de matiz kelseniana, a Constituição se situa no topo da ordem legislativa por força de convenção formal,²¹¹ para a teoria do neoconstitucionalismo sua posição cimeira é devida à *força normativa* de seus comandos.

O conteúdo material das normas constitucionais adquire máximo relevo, situando-se no Texto Maior a disciplina de numerosos aspectos substantivos, sendo mesmo difícil identificar alguma questão jurídica medianamente complexa que não se encontre contemplada pela normativa constitucional.²¹² Isso é reflexo do crescimento do que Guastini denomina *Constituições largas*, entendida a expressão no sentido de que, ao lado das tradicionais normas concernentes a organização estatal e limites dos Poderes Políticos, passam a encontrar assento verdadeiras declarações de direitos voltadas a regular o trato entre estes e os diversos grupos sociais (agora compreendida, sob uma perspectiva democrática, como uma relação participativa e não simplesmente antagônica).²¹³

²¹¹ Veja-se, a propósito, passagem da obra de Kelsen na qual o autor explica a estrutura escalonada da ordem jurídica, destacando que a hierarquia normativa reside nos mecanismos de produção legislativa: “A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é norma inferior. (...) A sua unidade [do ordenamento jurídico] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta.” Ao que acrescenta que a Constituição, neste aspecto, é entendida “(...) em sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

²¹² SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 116.

²¹³ GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José María Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 157.

A amplitude do rol de direitos fundamentais positivados faz com que poucos espaços restem alheios à autoridade de tais normas, que influenciam não apenas na elaboração dos comandos infraconstitucionais, mas também na sua interpretação e aplicação. Neste momento, abre-se espaço para repensar o posicionamento tradicionalmente reconhecido às leis, na medida em que estas passam a extrair sua validade da compatibilidade material com a Constituição, diploma normativo substancialmente cimeiro onde residem “(...) los principios fundamentales que deben regir la comunidad”.²¹⁴ A idéia de hierarquia formal que ao ordenamento positivo orientava cede espaço a uma interligação axiológica, funcionando a pauta de direitos fundamentais como pilar central do sistema, de cuja necessidade de preservação se extrai o fundamento último de validade para todas as demais normas.²¹⁵

Este movimento é analisado por Ferrajoli, que identifica alguns desdobramentos cruciais à sua expressão, dentre os quais dois merecem ser aqui destacados. Primeiramente, a *validade do direito infraconstitucional deixa de depender apenas de sua estrutura formal de produção*, entrando neste lugar a coerência de seu conteúdo com o plano normativo constitucional. Em segundo lugar, afirma-se a *subordinação das leis a princípios constitucionais* (que, na acepção do autor, correspondem aos direitos fundamentais do homem positivados nas Constituições), a introduzir uma dimensão substancial não apenas no que

²¹⁴ ARIZA. La Ciencia Jurídica... *Op. cit.*, p. 240. Assim compreendido o constitucionalismo, alcança-se um momento de convergência entre as duas concepções - norte-americana e francesa - da teoria constitucional, atribuindo-se ao texto maior simultaneamente o papel de limite ao poder, garantia para os cidadãos e norma diretiva fundamental para a vida social e política. SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 122.

²¹⁵ Em posição oposta a estas idéias colocam-se teses de matiz positivista que defendem a restrição das possibilidades interpretativas conferidas especialmente aos julgadores, valorizando-se conseqüentemente, as opções legislativas. Esta corrente tende a se robustecer em países onde o Judiciário adota postura mais fortemente ativista, imiscuindo-se em assuntos eminentemente políticos, como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha. Também esta oposição que se faz ao neoconstitucionalismo não merece prosperar, na medida em que o aumento da força política das Cortes, embora seja defendida por esta teoria, só leva ao exagero se os mecanismos de controle social não funcionarem, se os demais poderes estatais não possuírem suficiente autoridade para se colocar em uma posição de equilíbrio com o Judiciário. O problema, portanto, não parece residir nos alicerces teóricos, mas nos desvios da prática. Veja-se, sobre a crítica, AMADO. *Derechos y Pretextos. Op. cit.*, p. 242-243.

pertine às suas condições de validade, mas também na natureza do sistema democrático, posto que aqueles representam um limite para a amplitude da atividade legislativa.²¹⁶

A estes dois aspectos é possível acrescentar a idéia habermasiana segundo a qual encontra-se na vontade coletiva, consensualmente formada como produto de um uso público da razão, imprescindível fundamento de legitimidade para os atos estatais, que passam, nesta medida, a se escorar em uma escolha da sociedade. E a esta vontade coletivamente formada só se pode chegar quando a Constituição, com seus direitos fundamentais, permite a participação social e propicia o debate público, oferecendo canais institucionais por cujo intermédio este se possa realizar.²¹⁷

Adquirindo os valores sociais caráter positivo, configurados como direitos fundamentais, qualquer discussão acerca de sua validade abandona uma dimensão etérea e se converte em um problema interpretativo, cuja solução reside em definir os conteúdos possíveis aos textos nos quais se assentam, sempre na tentativa de que as normas construídas efetivamente possam atender aos interesses de seus destinatários. Tem-se como certo, então, que a Constituição não é apenas uma norma, mas a norma jurídica substancialmente suprema, na qual reside o fundamento de validade de todos os demais componentes da ordem jurídica, que nela encontram um parâmetro basilar de interpretação.²¹⁸

Essas transformações somente se mostram viáveis, contudo, graças a um aspecto de enorme relevância: o reconhecimento de força jurídica e plena efetividade às normas constitucionais, acabando de vez com o processo de esvaziamento promovido a partir da idéia de programaticidade das normas constitucionais. Donde se pode sustentar a certeza de que “(...) toda norma constitucional - independientemente de su estructura o de su contenido normativo - es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos

²¹⁶ FERRAJOLI. Pasado y Futuro... *Op. cit.*, p. 18-19.

²¹⁷ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 288-289.

²¹⁸ ALEXYS. *Tres Escritos...* *Op. cit.*, p. 34-35. SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 116.

jurídicos.”²¹⁹ As previsões constitucionais, portanto, não criam para os cidadãos expectativas ilusórias, mas direitos concretos e diretamente exigíveis.²²⁰

c) Aplicação direta da Constituição, em razão desta não mais se limitar a traçar diretrizes gerais, voltadas apenas aos Poderes Públicos; extensão de obrigações a particulares

A leitura que Sanchís faz da teoria do neoconstitucionalismo realça a diferente conformação normativa das atuais Constituições, comparativamente aos diplomas elaborados no primeiro século e meio da era constitucional. O professor espanhol observa que os textos contemporâneos se encontram repletos de normas que ditam condutas, permitidas ou vedadas, tanto aos Poderes Públicos quanto aos particulares, não se limitando a disciplinar a organização estatal ou as relações entre este e os particulares, mas também das pessoas entre si.²²¹

Embora estes dispositivos venham recebendo distintas denominações - princípios, diretrizes, valores - é firme o reconhecimento de sua força normativa, assim como a certeza de que, quer por construção lógica, quer por disposição constitucional expressa, podem ser aplicados diretamente às situações cotidianas, não dependendo da intermediação do legislador ordinário.²²² Os direitos estabelecidos por semelhantes normas revestem-se de natureza fundamental, destinando-se a preservar os interesses humanos mais sensíveis, e, além de constituírem um sistema de valores, impõem parâmetros para a vida estatal e social,

²¹⁹ GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.*, p. 158.

²²⁰ DENNINGER. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. *Op. cit.*, p. 15.

²²¹ Também aborda o tema, sob a mesma perspectiva, o texto de GUASTINI, Riccardo. Sobre el Concepto de Constitución. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 23.

²²² SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 111. Há que se destacar, contudo, a resistência que a aplicação direta de direitos fundamentais - especialmente aqueles de natureza social, que demandam do Estado obrigatoriamente a realização de prestações - ainda enfrenta, como se encontra em texto de Christian Starck, para quem direitos sociais e o princípio do Estado Social não geram qualquer direito fundamental do qual se possam extrair concretas pretensões para os particulares. STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 72.

orientando toda conduta humana no interior da comunidade jurídica.²²³ Isto posto, a pauta de direitos fundamentais assume, no constitucionalismo do pós Segunda Guerra, “(...) un valor normativo y vinculante directo que (...) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (...)”²²⁴

Desde o instante em que ao texto maior foi agregado semelhante conteúdo, lançadas estavam as bases para que deixasse de ser vislumbrado tão somente na dimensão de um ato instituidor do poder estatal, passando a ostentar o status de *norma geral reguladora das relações sociais*. Sua penetração na esfera das relações privadas deu-se, então, como uma consequência natural desta realidade, permitindo-se admitir que, na contemporaneidade, as Constituições recebam, ao lado de suas tarefas clássicas de limitar o poder político e garantir as liberdades individuais, o dever de moldar as relações sociais, fornecendo as condições de possibilidade para que sejam implementados direitos e atendidas reivindicações dos mais variados grupos humanos.²²⁵

Concretizar estas idéias, contudo, depende de que se aceite possuírem as Constituições a capacidade de efetivamente estabelecer condutas, afastando-se de vez o conteúdo inócuo de programaticidade por largo tempo a elas conferido.²²⁶ Um dos marcos deste movimento é o comentado caso Lüth, decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no ano de 1958, correntemente identificado como a primeira e mais expressiva manifestação da aplicação direta do texto constitucional a particulares, em suas relações interpessoais (ou a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).²²⁷

²²³ BÖCKENFÖRDE. Sobre la situación... *Op. cit.*, p. 107. SMEND. La libertad de expresión... *Op. cit.*, p. 5-6.

²²⁴ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma...* *Op. cit.*, p. 67. CANARIS. *Derechos Fundamentales...* *Op. cit.*, p. 36-37.

²²⁵ GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.*, p. 160.

²²⁶ SMEND. La libertad de expresión... *Op. cit.*, p. 5. MIRANDA. *Contributo...* *Op. cit.*, p. 76.

²²⁷ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 34. Sobre o tema, veja-se, também a explanação de BÖCKENFÖRDE. Sobre la situación... *Op. cit.*, p. 106-109. Há que se destacar a manifestação deste mesmo Tribunal dois anos antes, em 1956, quando, ao decidir pela inconstitucionalidade de partidos políticos de orientação nazista, sustentou o risco que estes opunham a valores fundamentais de liberdade e democracia. Embora não conte com a mesma riqueza de argumentos ou tenha alcançado prestígio semelhante ao da decisão

Neste precedente, reconheceu-se a possibilidade de um direito fundamental firmado em dispositivo constitucional (direito à liberdade de manifestação de pensamentos e idéias) ser aplicado diretamente a uma situação concreta, afastando-se, conseqüentemente, regra legal que, no caso, a ele se opunha. Para tanto, foi necessário que o *Bundesverfassungsgericht* admitisse a possibilidade de realizar uma hermenêutica pautada no reconhecimento da Constituição como uma *orden de valores*, primeiro, dotada de *força normativa* incontestável; segundo, passível de ser *aplicada diretamente* não apenas às relações entre cidadãos e Estado, mas também daqueles entre si; e terceiro, capaz de *irradiar* por todo o ordenamento infraconstitucional, passando a orientar a compreensão e aplicação destas normas, as quais, por seu turno, extraem seu fundamento de validade da compatibilidade material que tenham face ao rol de direitos fundamentais.²²⁸

Sobre este último ponto, rapidamente o Tribunal germânico firmou a premissa de que as leis devem concordar estritamente com os princípios constitucionais fundamentais, sua base primeira de legitimidade, não se admitindo que venham a tolher a plena expressão de valores como a liberdade espiritual, a democracia ou o Estado de Direito, no que reconheceu a *natureza objetiva* dos direitos fundamentais. Por força desta característica aos mesmos agregada, permite-se sustentar que, além de servirem como parâmetro interpretativo para todos os comandos infraconstitucionais, também constituem obrigações positivas a serem observadas por todos os seus destinatários.²²⁹

O gradual reconhecimento destes dados, na reiteração da jurisprudência da Corte germânica, na sua incorporação por outros Tribunais e na chancela recebida pela doutrina

no caso Lüth, é apontado por alguns autores como o precedente que abre caminho para a aplicação direta da Constituição. CRUZ. *La Constitución como Orden de Valores*. *Op. cit.*, p. 10.

²²⁸ GUASTINI. La 'constitucionalización'... *Op. cit.*, p. 161. SMEND, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. *in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 51-52. Embora a decisão do caso Lüth não faça menção expressa ao nome de Rudolf Smend, não há dúvidas quanto à decisiva influência de seu pensamento na construção deste precedente, naquela ocasião definitivamente resgatado.

²²⁹ CANARIS. *Direitos Fundamentais...* *Op. cit.*, p. 42. CRUZ. *La Constitución como Orden de Valores*. *Op. cit.*, p. 13-15.

constitucional, tem aberto caminho para que se possa propugnar o *valor normativo imediato e direto* das Constituições (especialmente de seu rol de direitos fundamentais), figurando como parte primordial e fundamental do ordenamento jurídico. Assim é que a vinculatividade normativa da Constituição afeta igualmente a todos os cidadãos e aos Poderes Públicos, emanando de seu texto obrigações de imediato cumprimento.²³⁰

Aceitar a possibilidade da aplicação direta dos comandos constitucionais abre espaço para que não mais se dependa exclusivamente da atividade legislativa para colocar em prática a Constituição, o que permite aos atores do cenário jurídico alcançá-la diretamente. Afinal, como destaca Sanchís, esta disciplina numerosos aspectos substantivos atinentes à vida social, sendo mesmo “(...) difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional.”²³¹ Logo, no papel de norma suprema que a quase tudo regula, parece plausível sustentar que a incidência de seus comandos freqüentemente pode dispensar a interposição de outros atos normativos, tendentes a permitir sua plena expressão. Daí que, na medida em que preceitos constitucionais se mostrem relevantes em um caso qualquer, sua aplicação resulta obrigatória.²³²

d) Vinculação de todos os atores sociais e políticos à normativa constitucional; definitiva subordinação do Parlamento e conseqüente exaltação da jurisdição constitucional

²³⁰ ALEXY. *Tres Escritos...* Op. cit., p. 37. ENTERRÍA. *La Constitución como Norma...* Op. cit., p. 69-70. Neste sentido, é possível perceber no Estado Constitucional um aperfeiçoamento do Estado de Direito, no qual abre-se espaço para a completa submissão do poder à ordem jurídica constitucional, incluindo-se o Legislativo e, conseqüentemente, todos os frutos de sua atuação. SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* Op. cit., p. 113. A que se pode acrescentar a noção de Zagrebelsky, para quem: “La ley, por la primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por si, esta innovación (...) se ha presentado como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa.” ZAGREBELSKY. *El Derecho Dúctil.* Op. cit., p. 34.

²³¹ SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* Op. cit., p. 114.

²³² SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* Op. cit., p. 116.

Diante do quadro até aqui traçado, parece correta a compreensão de que o neoconstitucionalismo, em certa medida, representa uma aproximação ao paradigma norte-americano, que enxerga na Constituição elemento limitador dos poderes instituídos, inclusive o Legislativo, e espaço de garantia para os cidadãos. Por outro lado, afasta-se deste referencial (resgatando traço distintivo do constitucionalismo europeu decimonônico) quando não admite que as Constituições se limitem a ditar as regras do jogo, deixando em aberto amplas possibilidades para conformação do cenário social.²³³ Tem-se, assim, uma definitiva combinação entre os modelos constitucionais clássicos, reunindo-se elementos marcantes destas duas matrizes que, recorde-se, brotaram das mesmas sementes.

Em verdade, na imagem formada pelo neoconstitucionalismo, as Constituições aparecem como elementos estruturantes, que adquirem uma amplitude desconhecida até meados do Século XX e assumem a tarefa de coordenar os espaços públicos e privados. Nelas vai ser encontrado o delineamento das funções estatais típicas; de novas obrigações aos Poderes Públicos outorgadas; de direitos e liberdades individuais e coletivos, bem como a forma e limites para seu exercício, de modo a garantir o convívio na diferença; de procedimentos institucionalizados para participação social no cenário político; dos mecanismos de controle do poder e defesa da Constituição, gerando um *estado de subordinação geral*, em que muito pouco resta imune à sua influência.

A combinação destes elementos confere às Constituições uma virtualidade inovadora. Para Sanchís:

(...) la Constitución ya no sólo le dice al legislador muchas ‘más cosas’, sino que todas esas cosas pretende decírselas indistintamente a todos los operadores jurídicos y no únicamente al legislador, de manera que la rígida organización jerárquica entre los distintos órganos estatales no desaparece, pero se ve muy atenuada desde el momento en que cada uno de ellos quiere mantener ‘línea directa’ con la Constitución.²³⁴

²³³ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 112.

²³⁴ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 114.

Mais ainda: a Constituição não é compreendida como um *catecismo político* ou um *guia moral* dirigido a um legislador virtuoso ou a homens repletos de boas intenções, mas uma norma jurídica à qual se agrega a pretensão de que a realidade a ela se conforme,²³⁵ figurando, na concepção de Zagrebelsky, como centro para o qual tudo deve convergir.²³⁶ Isso cria um cenário de completa sujeição do poder político aos ditames constitucionais - o que, no continente europeu, afeta especialmente o Legislativo, não mais se lhe reconhecendo a onipotência e a autonomia típicas da tradição européia.²³⁷

Surge, assim, o que Sanchís identifica como *onipotência judicial*, situação na qual a Constituição assume, definitivamente, o patamar de fonte máxima de validade para normas jurídicas e políticas públicas. Isso se dá na direta medida em que seu complexo normativo oferece orientações nas mais diferentes esferas, as quais se encontram logicamente sujeitas ao crivo jurídico. Por conseguinte, também a atividade legislativa perde autonomia, visto que a Constituição não é uma norma suprema apenas sob o ponto de vista formal (destinada tão somente a estabelecer o procedimento de elaboração legislativa), mas porque capaz de se projetar sobre o conjunto dos operadores jurídicos, ditando-lhes as condutas com o objetivo de assegurar que o plano valorativo naquela traçado seja atendido.²³⁸ Como realça Sastre Ariza, o Parlamento não chega a se converter em mero executor da Constituição, mas se encontra seriamente limitado por seu conteúdo.²³⁹

²³⁵ SANCHIS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 116.

²³⁶ ZAGREBELSKY. *El Derecho Dúctil. Op. cit.*, p. 14.

²³⁷ ZAGREBELSKY. *El Derecho Dúctil. Op. cit.*, p. 34.

²³⁸ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 120-121. Também este aspecto é alvo de críticas que, mais uma vez, enxergam na idéia de absoluta subordinação dos agentes políticos à Constituição, na verdade, uma sujeição destes ao Judiciário e às Cortes Constitucionais, o que acarretaria em franco desequilíbrio entre os poderes estatais e no protagonismo dos órgãos competentes para exercício da jurisdição constitucional. Mais ainda: a completa jurisdicização do espaço público tenderia a restringir excessivamente os campos de escolhas políticas. Há que se considerar, contudo, que *o crescimento das Constituições é antes um fenômeno político que jurídico*. Em verdade, a teoria neoconstitucionalista, como destacado anteriormente, tende a olhar e explicar o passado. Em outras palavras, não foi o neoconstitucionalismo (em termos conceituais) que deu ensejo a um modelo constitucional que se orienta pela expansão do sistema de direitos fundamentais, a submeter e restringir o campo de escolhas políticas. Fora que a positivação de valores morais sociais, conferindo-lhes a natureza de direitos fundamentais, é por si só uma escolha política de uma geração que, como tem sido em toda história do constitucionalismo, tende a limitar as opções das gerações futuras. AMADO. *Derechos y Pretextos*. p. 256-258.

²³⁹ ARIZA. *La Ciencia Jurídica... Op. cit.*, p. 242.

Neste quadro, ora delineado, com freqüência se afirma apresentarem-se as Constituições como remédio contra-majoritário, característica que colocaria em risco a capacidade de autodeterminação das sucessivas gerações e, conseqüentemente, a proteção ao princípio democrático.²⁴⁰ Aqui se retorna à noção de democracia em Habermas, autor que sustenta não representar esta contenção das vontades individuais um risco para a democracia, mas uma necessidade, na medida em que esta só existe onde estejam presentes condições para o convívio social. Assim é que não constitui um problema o controle do uso público da razão implicar em restrições à atividade legislativa, na medida em que afasta a crença na capacidade dos representantes construírem uma vontade coletiva.²⁴¹

O constitucionalismo atual, escudado pela teoria deliberativa da democracia, chancela o alargamento do papel reconhecido à Justiça Constitucional, permitindo que se enxergue nesta uma instância procedimental por cujo intermédio manifestações sociais podem ser validamente formuladas.²⁴² Na discussão sobre a necessidade de conciliar conservação e evolução da ordem jurídica, respeito às vontades dos grupos majoritários e proteção aos minoritários, a jurisdição constitucional pode desempenhar relevante papel, contribuindo decisivamente para delimitar estes espaços, garantindo a participação da comunidade neste processo.

Esta discussão se faz presente e adquire especial relevância diante da inevitável realidade hoje vivenciada, na qual se vêem os mecanismos jurisdicionais de proteção ao texto constitucional extremamente valorizados. E este é um fato que não deve causar estranheza,

²⁴⁰ Sobre o tema, vejam-se os debates travados por ocasião do 10º aniversário do Tribunal Constitucional português. STARCK. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. *Op. cit.* ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Na literatura norte-americana, trata do assunto, entre outros: TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring, 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2007.

²⁴¹ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 278-279.

²⁴² HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 288.

afinal, restaria vazio de sentido proclamar a supremacia e a intangibilidade das Constituições se a elas não fossem agregadas salvaguardas eficazes, capazes de efetivamente permitir o expurgo de quaisquer medidas que, de alguma forma, viessem a manietar sua força.²⁴³

Algum espanto ainda causa, contudo, o alargado papel que vem sendo desempenhado por semelhantes instâncias, que há tempos já não mais se limitam à idéia de um inerte guardião constitucional. Afinal, reconhecendo-se natureza normativa ao núcleo essencial da Constituição, aquele de onde emana a fonte de validade de todas as demais normas infraconstitucionais, abre-se largo espaço para a completa juridicização do debate acerca da compatibilidade entre diferentes planos normativos. Isto porque, diversamente da compreensão vigente sob a ótica de um Positivismo kelseniano (segundo o qual só há sujeição da lei à Constituição sob o ponto de vista formal), o controle de validade dos atos normativos não pode ser compreendido como simples sujeição do juiz à lei. Em verdade, tal atividade se coloca, nos dias atuais, muito mais como um processo de análise crítica do significado dos enunciados normativos, de forma a permitir não apenas o controle de sua legitimidade constitucional, mas, acima de tudo, sua adequação às cambiantes expectativas sociais.²⁴⁴

Desta feita, enquanto sob o paradigma forjado por Hans Kelsen o controle de constitucionalidade equivaleria a um teste quanto à compatibilidade formal das leis à Constituição, o mais possível isento de um juízo de adequação daquelas ao modelo social por esta última delineado, no modelo neoconstitucionalista espera-se que compreenda uma análise de conteúdo, em um processo interpretativo construtivo. Com isto, a pauta de valores fundamentais plasmada na normativa constitucional pode se colocar como efetivo fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, na medida em que a permanente atividade de concretização dos direitos seja feita de forma a melhor atender às reais necessidades das

²⁴³ GUASTINI. La 'constitucionalización' ... *Op. cit.*, p. 156.

²⁴⁴ ALEXY. *Tres Escritos...* *Op. cit.*, p. 47-48. SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 33.

gerações presentes.²⁴⁵ E mais ainda: devendo todo sistema jurídico infraconstitucional se ajustar ao conteúdo normativo constitucional, “(...) la Constitución se convierte en un *prius* lógico por el que ha de pasar todo contenido normativo, una especie de prerequisite interpretativo para toda norma infraconstitucional.”²⁴⁶

A conjugação dos elementos até aqui descritos (positivação de valores, supremacia constitucional, aplicação direta, vinculação e normatividade) conduz à certeza de que o panorama hoje delineado para o constitucionalismo perpassa pela juridicização de toda esfera social e política, o que provoca o deslocamento do eixo de poder para o Judiciário e para a jurisdição constitucional. Afinal, em último plano, sempre caberá a este perscrutar os critérios materiais de validade das leis, testando sua compatibilidade com a pauta valorativa constitucional e, mediante um processo interpretativo, construir as normas mais adequadas aos concretos problemas que se colocam, de modo a permitir a correta formação das vontades sociais.

E isso leva a outro fenômeno, que igualmente decorre destas transformações e precisa ser destacado: o novo papel assumido pelos juízes ordinários.

Se a Constituição espalha sua pauta de valores fundamentais pelo ordenamento jurídico inteiro e todas as esferas da vida social; se suas normas podem ser aplicadas diretamente, regendo as relações jurídicas substantivas; se seus comandos vinculam igualmente os atos dos Poderes Públicos e dos particulares; se os direitos fundamentais em seu texto positivados constituem o elemento central para o qual convergem tanto a atuação pública quanto a privada; se estes dão forma a canais comunicativos que permitem a efetiva participação social nos espaços públicos, então não resta dúvida de que a Constituição está presente na vida cotidiana de todos. Isso faz com que, diante dos mais variados conflitos de interesses submetidos ao crivo judicial, possam normas constitucionais ser invocadas e

²⁴⁵ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 94-95.

²⁴⁶ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 59.

apreciadas, possa a Constituição servir de referencial para a proteção dos interesses individuais e coletivos e condição para a participação democrática.

Aplicar normas constitucionais a situações concretas passa a fazer parte do dia-a-dia do Judiciário, não mais se circunscrevendo esta tarefa à jurisdição constitucional especializada. Na medida em que a Constituição afeta indistintamente particulares e Poderes Públicos, ditando-lhes condutas e regulando diretamente a vida social, sua incidência nas questões que batem cotidianamente às portas do Judiciário passa a compor uma inegável realidade, tornando imperioso que se aceite sua aplicação, em maior ou menor grau, por todos os juízes e Tribunais.²⁴⁷ Neste mesmo sentido caminha a convicção de Sanchís, para quem “(...) si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria (...)”.²⁴⁸

Tendo por firme o panorama delineado pelas teorias do neoconstitucionalismo, afigura-se dificilmente refutável a possibilidade de os conflitos comuns da vida virem a envolver a aplicação de comandos constitucionais. E é certo que apreciar estas normas não pode mais ser enxergado como *tarefa exclusiva* dos Tribunais Constitucionais, já que a realidade por elas regida permanentemente e de forma compulsória é posta à apreciação dos *juízes ordinários* (expressão aqui utilizada para designar todos os órgãos jurisdicionais que não tenham por tarefa o exercício exclusivo do controle de constitucionalidade das leis).²⁴⁹

Recusar-lhes, neste momento, a prerrogativa de aplicar diretamente a Constituição ou, face a esta, em um *controle difuso* de validade, testar a compatibilidade material de normas infraconstitucionais, representaria a negação de tudo que se construiu até aqui, significaria manter fechadas as portas de um espaço público que pode configurar excelente instância para mediação dos conflitos sociais. Em verdade, reconhecer aos juízes ordinários a

²⁴⁷ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma... Op. cit.*, p. 67.

²⁴⁸ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 112.

²⁴⁹ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 115.

prerrogativa de apreciar a constitucionalidade de dispositivos legais coloca-se como uma decorrência lógica da teoria neoconstitucionalista, a qual restaria gravemente esvaziada em aspectos fundamentais se a esta conclusão não se chegasse.

Assim, é com esteio nestas constatações que se busca demonstrar não apenas que, sob a ótica do neoconstitucionalismo, a jurisdição constitucional encontra um fundamento lógico e democrático de validade, mas, também e principalmente, que o controle de constitucionalidade realizado de modo difuso pelos juízes ordinários surge, neste quadro, como uma coerente, direta e inevitável consequência desta matriz de pensamento constitucional. Afinal, pouco valor teria sustentar a presença das normas constitucionais fundamentais em todos os espaços da vida pública e privada se, ao fim e ao cabo, não subsistissem mecanismos hábeis e disponíveis irrestritamente para garantir seu respeito.

O propósito na seqüência perseguido consiste em analisar o processo evolutivo dos modelos de proteção constitucional que se tem convencionado denominar norte-americano e europeu, de sua origem inspirada em variados elementos, alguns semelhantes, outros verdadeiramente opostos, até sua reaproximação em tempos recentes. A formação deste novo arquétipo jurisdicional e seu imbricamento com as teorias do neoconstitucionalismo apresentam-se como elementos basilares para se compreender as potencialidades da jurisdição como espaço materializador das promessas constitucionais.

3. CONSTRUÇÃO DO MODELO PROTETIVO JURISDICIONAL

Todas as opções teóricas que ainda convivem na ciência constitucional concordam no reconhecimento de que as Constituições ocupam lugar cimeiro no sistema jurídico positivo. São acordes, ainda, ao afirmar a necessidade de se garantir respeito a seus comandos, cuidando para que a proclamação de sua supremacia não reste vazia de sentido. A natureza e os fundamentos legitimadores de seus mecanismos protetivos, contudo, vão encontrar alicerces diferentes diante da explicação preferida para as origens desta soberania. E mais ainda: as possibilidades reconhecidas às instâncias de proteção assumem graus diversos na medida em que as Constituições e suas pautas de direitos fundamentais se identificam não mais como um instrumento limitador da democracia, mas como requisito para sua promoção.

No cenário contemporâneo, a atuação jurisdicional é reconhecida como o principal mecanismo para salvaguarda da integridade constitucional, sendo-lhe contemplado tal papel por praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Por isso, a teoria do neoconstitucionalismo, ao afirmar a necessidade de aproximar as Constituições da vida cotidiana, permitindo que os valores fundamentais nelas consagrados possam, efetivamente, reger as relações sociais, deposita tanta confiança nas instâncias jurisdicionais. Ao fazer isso, espera destas, contudo, que ultrapassem os limites tradicionalmente reconhecidos ao seu atuar, permitindo-se funcionar como um canal comunicativo capaz de integrar sociedade e Constituição, transformando as promessas nesta inscritas em reais benefícios para todos.

Para que se chegasse a este estágio de desenvolvimento da jurisdição constitucional, várias etapas foram cumpridas, diversas expectativas foram sendo agregadas, de modo a

permitir sua expansão, tanto no que se refere à sua posição no jogo de forças entre os poderes instituídos quanto às suas competências e possibilidades. Em um contexto evolutivo, é possível condensar as principais experiências em dois modelos, especialmente ante sua prevalência nos tempos atuais: os sistemas aqui denominados *norte-americano* e *européu*.

Nascidos em realidades ao mesmo tempo muito parecidas (de dois países, Estados Unidos e França, que buscavam erigir um novo Estado) e tão diferentes (enquanto o primeiro queria espaço para consolidar um regime que se vinha forjando desde o período colonial, o segundo precisava romper com antigas estruturas de dominação e construir uma realidade nova), buscam, desde sempre, alcançar o mesmo ideal básico de preservar suas Constituições, mesmo que por caminhos em princípio tão diversos. Ao cabo desta jornada - que certamente não pode ser considerada concluída - ambos se colocam ao mundo como referenciais para a jurisdição constitucional na contemporaneidade, abandonando divergências e aproximando-se cada vez mais com o intuito de cumprir tarefas que se ampliam diariamente, a ponto de coexistirem, seja formalmente na ordem jurídica, como no Brasil e em Portugal, seja a partir de construções da prática jurisdicional, como na Itália e na Espanha.

3.1. Proteção constitucional na realidade norte-americana

Tratar do modelo norte-americano de proteção à Constituição pela via do controle jurisdicional sempre traz à mente o caso *Marbury vs. Madison*, correntemente apontado como a base de todo sistema naquele país erigido. Não se pretende, aqui, destruir mitos, mas é preciso lembrar que a esta decisão somente foi possível chegar graças a algumas circunstâncias que a antecederam e, após sua elaboração pela Suprema Corte, outras tantas precisaram se fazer presentes para que, enfim, o modelo norte-americano se consolidasse, a ponto de merecer esta alcunha.

É evidente que as raízes do constitucionalismo norte-americano residem na tradição inglesa, contudo, mais do que uma reprodução de modelos e práticas oriundas da metrópole, o sistema idealizado no novo mundo é, em grande parte, fruto da crítica e do inconformismo que levaram à guerra de independência. O desenho institucional da nova nação precisava refutar o conceito de Parlamento como *locus* da soberania, sob pena de simplesmente nacionalizar a submissão: antes o Legislativo inglês, agora o local.²⁵⁰ Assim é que, em seu lugar, a partir de noções identificadas com as teses contratualistas, encontra abrigo dentre a elite local o conceito de soberania popular.²⁵¹

Vale lembrar que o processo revolucionário inglês, ocorrido no curso do Século XVII, contrapôs o poder real soberano às elites financeiras, especialmente fundiárias. Estas encontraram no Parlamento o espaço necessário para se organizar, constituindo-se como efetivo contraponto ao poder monárquico. O rei, por seu turno, gradualmente viu seu papel hegemônico esmorecer, a ponto de, em fins do Século XVIII, já não haver dúvidas quanto ao centro do poder político inglês se encontrar no Parlamento. Era, portanto, o Legislativo o fantasma a assolar os colonos, posto que já nesta época do rei se tinha retirado definitivamente o poder absoluto.²⁵² Daí que, como sustenta Sanchís, “Esto puede explicar que la revolución norteamericana no buscase un legislador virtuoso y omnipotente a fin de

²⁵⁰ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 27. NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000. p. 4.

²⁵¹ A opção por justificar o poder do novo Estado a partir de fundamentos contratualistas fica clara na defesa que Thomas Jefferson faz do direito de auto-governo, compreendido como um *direito natural*: “Todo homem e todo grupo de homens na terra possuem o direito de autogoverno. Recebem-no juntamente com o ser, da mão da natureza. Os indivíduos exercem-no por sua única vontade (...) isso porque a lei da maioria é a lei natural de toda sociedade humana.” JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964. p. 79.

²⁵² COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 2-3. (fac-símile da edição original de 1909) Referindo-se ao processo histórico de formação do poder do Parlamento inglês, Adhemar Esmein demonstra como, após a consolidação do modelo liberal em fins do Século XVII, aquele assume autoridade absolutamente soberana, residindo nos órgãos legislativos a fonte de legitimidade de todo sistema estatal. ESMEIN, Adhemar. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 5. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909. p. 514.

emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos.”²⁵³

As explicações fornecidas por diversos autores que formaram as bases teóricas dos movimentos revolucionários europeus (e que simbolizam a influência européia continental sobre a formação do sistema jurídico norte-americano, especialmente com sua tradição de direito escrito, dotado de força normativa e não meramente política²⁵⁴) foram absorvidas e, em maior ou menor grau, influenciaram as pretensões dos chamados *pais fundadores* que, falando em nome do povo, tomaram a frente no processo revolucionário que culminou com a independência e, logo em seguida, a fusão das treze colônias originárias em um Estado federado.²⁵⁵ O *povo*, então, mais uma vez foi chamado aos campos de batalha e em seu nome proclamada a independência. Nada mais natural que, como consequência da vitória, assumisse o *povo* a tarefa de decidir seus próprios rumos, tratando de inscrever em um documento solene os preceitos básicos que, refletindo a sua vontade, iriam, dali para frente, orientar a vida da nova nação.²⁵⁶

Primeiramente coube às Constituições locais, em cada ex-colônia, a responsabilidade por permitir a plena expressão deste poder soberano, buscando convencionar de modo claro

²⁵³ SANCHÍS, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 55.

²⁵⁴ ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*. v. 4 n. 6, June 2003. p. 596. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277> Acesso em 05. nov. 2007. Christian Lynch, destacando a interrelação entre os pensamentos jurídicos inglês e francês, a influenciar decisivamente a formação política norte-americana, sustenta: “Ao aniquilar a soberania para converter a monarquia, de tipo puro, num governo do direito e da pluralidade, Montesquieu difundiu a primeira teoria sistemática do constitucionalismo moderno, estabelecendo a Constituição Inglesa como paradigma de um governo representativo. Cerca de trinta anos depois, ao declararem sua independência, o esquema de Montesquieu seria adotado pelas treze colônias inglesas ao se organizarem como os Estados Unidos da América.” LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Momento Monárquico*. O poder moderador e o pensamento político imperial. Tese de Doutorado em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007. p. 42.

²⁵⁵ “Nada, pues, de un gobierno revolucionario popular, sino un gobierno limitado por la Constitución. El esquema del Derecho natural y del contrato social representaba así la mejor explicación y justificación del nuevo constitucionalismo.” SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 56.

²⁵⁶ Thomas Jefferson expressamente afirmava considerar “(...) o povo que constitui a sociedade ou nação como a fonte de toda a autoridade nessa nação;” e que a vontade popular “(...) é o único fundamento legítimo de qualquer governo (...)” JEFFERSON. *Escritos Políticos*. *Op. cit.*, p. 75-76.

que a autoridade destes diplomas residia no fato de exprimirem a vontade popular. Tão logo restou assentada a necessidade dos estados se unirem para fazer frente à antiga metrópole, iniciou-se o processo de delineamento do governo central e das instituições federais, trabalho que teve como peça fundamental a redação de um texto constitucional.

Desde o início da história norte-americana, como se lê nos escritos de Jefferson, subsiste a certeza de que o poder soberano pertence ao povo, que se vale da Constituição para exprimir seus anseios básicos, buscando garantir sua própria integridade face a qualquer tentativa de abuso por parte daqueles a quem viesse a ser outorgada a representação popular.²⁵⁷ Aos olhos de Tocqueville, a Constituição norte-americana “Constituye una obra aparte que representa la voluntad de todo el pueblo, obliga á los legisladores, como á los simples ciudadanos;” E arremata: “La fuerza suprema está en ella sola.”²⁵⁸ E isso os trinta e nove homens (brancos, protestantes, livres, proprietários de terras e escravos) reunidos na Convenção da Filadélfia fizeram questão de exprimir no texto que até hoje é uma referência para todos.

Ora, se a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte nada mais é do que a expressão daquilo que a sociedade (ou *we the people*, como os convencionais da Filadélfia fizeram questão de gravar no texto constitucional) entende como essencial para emoldurar seu sistema político, jurídico e social, então não há dúvidas quanto a nela residir a vontade soberana do povo. Logo, os três poderes instituídos devem obediência àquele diploma, que se sobrepõe a tudo e todos. Este *estado de submissão geral* atinge, por óbvio, o Parlamento, cujos atos, em hipótese alguma, podem contrariar a vontade popular plasmada na

²⁵⁷ COOLEY. *Princípios Gerais de Direito Constitucional...* Op. cit., p. 21-22; 28-30. SANCHÍS. *Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley.* Op. cit., p. 51. Também em Jefferson já se encontra semelhante defesa: “É a vontade da nação que torna a lei obrigatória; é a vontade dela que cria ou aniquila o órgão que cabe declará-la e enunciar-la.” JEFFERSON. *Escritos Políticos.* Op. cit., p. 77.

²⁵⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América.* Tomo I. Trad. Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro, 1911. p. 123.

Constituição.²⁵⁹ Com isso se completa a mudança paradigmática que afasta o sistema norte-americano de sua fonte inspiradora inglesa, permitindo a entrada em cena de mecanismos aptos ao controle dos atos legislativos.²⁶⁰

Por outro lado, é certo que a ruptura com o modelo da ex-metrópole não é completa, afinal, ambas as nações compartilham o sistema jurídico que se convencionou denominar *common law*, com seu forte assento na tradição, em textos legislativos esparsos de cunho fundacional e no Direito Natural. Este ponto em comum é imprescindível ao desenvolvimento do *judicial review of the constitutionality of legislation*,²⁶¹ cuja justificação não se assenta apenas no conceito de soberania constitucional, mas abebera com igual ou maior intensidade na fonte do *common law*.

Existe um certo consenso em afirmar que Sir Edward Coke, ao julgar o denominado *Bonham's case* no ano de 1610, teria lançado a pedra fundamental do *judicial review*, sustentando, já naquela ocasião, a possibilidade de uma lei contrária ao *common law* ser invalidada pelo Judiciário. Paira certa dúvida sobre se Coke, ao proferir sua decisão, tinha em mira o rei ou o Parlamento, o que, em certa medida, pode suscitar alguma dificuldade em se afirmar ser este o fundamento basilar do *judicial review* norte-americano.

José Acosta Sánchez e Reinhold Zippelius, entre outros autores, procuram demonstrar que, naquele momento, o que estava em jogo era a soberania do Parlamento, ainda em processo de afirmação. Desta forma, ao invocar a precedência do *common law*, Coke teria buscado sustentar a limitação do poder real, não do Parlamento. Isto se explica porque, no

²⁵⁹ “Parece que el iusnaturalismo racionalista que desemboca en la teoría del contrato social había de conducir irremediavelmente a la afirmación de la supremacía constitucional y, de ahí, también de forma necesaria al establecimiento de alguna forma de control de las leyes.” SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 57.

²⁶⁰ COOLEY. *Princípios Gerais de Direito Constitucional...* *Op. cit.*, p. 23-24; 30-32.

²⁶¹ Expressão que, segundo informa Marian Ahumada Ruiz, se deve a Edward Corwin e somente entra em cena na década de 1910. Leva, ainda, alguns anos para se consolidar como a uniforme denominação hoje utilizada para designar o modelo de atuação do Judiciário norte-americano no exercício do controle de constitucionalidade das leis. RUIZ, Marian Ahumada. *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 117.

início do Século XVII, este último ainda buscava se livrar do jugo dos monarcas, que insistiam em utilizá-lo como um órgão para expressão de sua própria vontade. Assim se passou com o ato que autorizava o Royal College of Physicians a punir o doutor Bonham, proibindo-lhe o exercício da medicina. Ao afirmar a invalidade deste ato, a mítica decisão não limitou o poder do Parlamento, mas do rei; não sustentou a soberania do povo ou de uma tradição face ao Parlamento, mas deste último no confronto com o monarca.²⁶² Já em Rui Barbosa ou Mauro Cappelletti uma outra interpretação pode ser encontrada. Estes vêm na referida decisão uma reafirmação da supremacia do *common law* sobre a autoridade do Parlamento, em um claro embate entre Poderes, numa tentativa de afirmar a força dos juízes no exercício de sua tarefa de garantir a prioridade do direito.²⁶³

Qualquer que seja a compreensão preferida, certo é que neste caso se tem uma tentativa de utilizar o sistema jurídico para controlar um poder político, negando-lhe força absoluta, movimento que se identifica com um dos postulados básicos do liberalismo, naquele instante ainda uma idéia incipiente. E, ao fim, quer se possa quer não imputar a Coke com primazia a fundação dos alicerces do *judicial review*, nem por isso a tradição inglesa deixa de ter relevância.

De fato, naquele sistema, desde tempos remotos, imperava a convicção no poder dos juízes de, pela via interpretativa, dar vida às leis, no sentido de estas não serem consideradas como textos apenas, mas textos interpretados à luz das tradições inscritas no *common law*. Neste processo interpretativo, era-lhes permitido aferir a conformidade dos sentidos possíveis aos textos com o sistema jurídico consuetudinário, de sorte a recusar qualquer compreensão

²⁶² SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998. p. 35-39. No mesmo sentido aponta Zippelius, sustentando que a decisão de Coke representa não um antecedente lógico do *judicial review* norte-americano, mas “(...) a tese da supremacia do direito contra as pretensões de Tiago I à soberania.” ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Trad. Antonio C. de Moncada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. p. 152.

²⁶³ BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Imprensa, 1893. p. 20. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 58-59. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 132.

que se afastasse ou de alguma maneira pudesse confrontar parâmetros identificados com o *common law*. Esta prerrogativa, contudo, não era suficiente para colocar os juízes ingleses em posição de ascendência sobre o Parlamento por um motivo simples: este último concentrava, além de suas funções legislativas, o papel de tribunal supremo, de sorte que a ele mesmo cabia, em última instância, aferir a validade de seus próprios atos.²⁶⁴

Quando nos Estados Unidos da América se combinam a tradição judiciária do *common law* com um modelo de organização estatal onde os Poderes instituídos se encontram em condição de igualdade, afirmando-se a idêntica sujeição de todos à Constituição, fica claro poder a validade dos atos legislativos ser aferida pelos juízes, o que, por sinal, chega a ser visto como algo natural ao sistema. De fato, a prerrogativa de invalidar leis ou afastar compreensões potencialmente contrárias ao *common law* como conseqüência lógica de seu processo interpretativo é referida em alguns documentos antecedentes à Constituição de 1787, parecendo compor a tradição judiciária importada da metrópole, embora não haja notícia, naquele momento, de discussões sobre o tema ou tentativas de estruturar conceitualmente este poder.²⁶⁵ A título ilustrativo, veja-se a afirmação feita por Thomas Jefferson em breve passagem de suas *Notas sobre a Virgínia*, documento redigido em 1783 por cujo intermédio criticava a Constituição daquele estado: “Não tive notícias de que em outros Estados tivessem infringido sua Constituição, e suponho que o não tenham, porquanto os juízes considerariam como sendo nula qualquer lei que fosse contrária à Constituição.”²⁶⁶

No curso dos debates ocorridos na Convenção da Filadélfia, algumas propostas foram colocadas com o intuito de afirmar a preponderância da Constituição federal, instituindo mecanismos para exercício do controle da validade de leis estaduais e federais.

²⁶⁴ Daí porque Acosta Sánchez, como alguns outros autores, sustentar que, em verdade, “(...) el Parlamento era supremo no en virtud de su soberanía legislativa, sino de su supremacía judicial, a partir de la cual no podía existir tribunal alguno que pudiera cuestionar o controlar los actos de ambas Cámaras, en tanto incongruentes o contradictorios con una ley fundamental (...)” SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 41. Esta realidade, por sinal, persiste nos tempos atuais, ainda exercendo a Câmara dos Lordes o papel de tribunal supremo da nação. SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano*. *Op. cit.*, p. 35.

²⁶⁵ SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 99.

²⁶⁶ JEFFERSON. *Escritos Políticos*. *Op. cit.* p. 102.

Estas, contudo, indicam que a preocupação reinante não parecia estar centrada na positivação do *judicial review*, mas no jogo de equilíbrio entre os poderes locais e a União. O grande embate que se punha, assim, girava em torno da submissão das leis e das Constituições estaduais ao sistema jurídico federal, donde o interesse predominante em sustentar a supremacia do texto que ali se elaborava.

O debate sobre o *judicial review*, embora tenha se feito presente entre os convencionais, parece longe de constituir sua principal preocupação. Ademais, restava vivo o temor quanto à excessiva concentração de poderes na União, o que serviu de pretexto para deixar de lado propostas que, aos olhos de alguns dos *framers*, poderiam desequilibrar a relação de forças entre estados federados e poder central.²⁶⁷

E assim foi a Constituição de 1787 elaborada, trazendo em seu corpo dispositivos que expressamente subordinam a ordem jurídica dos estados ao sistema federal, de modo a garantir a unidade da federação, afirmam a supremacia da Constituição, mas nada dizem sobre o poder do Judiciário de invalidar leis que a esta última contrariem.²⁶⁸ O tema, contudo, continuava orbitando os debates sobre o novo texto e, durante o processo de ratificação que se estendeu pelos dois anos seguintes, algumas luzes sobre ele foram lançadas. Neste momento vieram a lume panfletos que, posteriormente condensados, deram origem à obra *O Federalista*, coletânea de reflexões de Hamilton, Madison e Jay onde são discutidas e

²⁶⁷ MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948. p. 238-239. VALDÉS, Roberto L. Blanco. El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 2, 2000. p. 40. É interessante destacar passagem resgatada por Acosta Sánchez, onde, ao rejeitar proposta que determinava a participação do Judiciário no exercício do veto presidencial, os delegados de Massachusetts afirmaram representar esta um excesso de poderes para os juízes, já que *os mesmos já dispunham da prerrogativa de, mediante sua capacidade de interpretar as leis, deter a aplicação de qualquer uma que contrariasse a Constituição*. SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 100-101.

²⁶⁸ Neste turno, destacam-se os artigos 3º e 6º, onde se encontra afirmado o poder da Suprema Corte e dos quais se extrai a noção de supremacia da Constituição e predominância da legislação federal, naquilo que lhe seja dado regular. Neste último dispositivo reside a chamada *supreme clause*, elemento que muitos afirmam ser a base teórica do *judicial review* (veja-se, por exemplo, GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 420-424 e ENTERRÍA. *La Constitución como Norma...* *Op. cit.*, p. 133) mas que, entretanto, até meados do Século XIX somente era entendida e aplicada no plano das relações entre união e estados, nunca entre Legislativo e Judiciário. SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 105-106.

enfrentadas várias questões cruciais para que se afirmasse a legitimidade da nova Constituição e do sistema federal idealizados.

Alexander Hamilton é o autor que se debruça mais detidamente sobre o tema da atuação judiciária em matéria de constitucionalidade das leis. Sempre defensor da possibilidade de os atos legislativos serem declarados nulos em caso de conflito com a Constituição, já durante o período da Convenção da Filadélfia apresentou proposta que assim afirmava. Contudo, talvez imbuído da mesma noção de outros convencionais - segundo a qual o reconhecimento de semelhante poder aos juízes seria algo inerente ao sistema do *common law* - em momento algum fez menção de inscrever nesta cláusula que semelhante prerrogativa deveria ser facultada aos tribunais.²⁶⁹

De fato, mesmo ao redigir o *paper* 33, da coletânea *O Federalista*, ao tratar da possibilidade de o poder concedido ao governo ser excedido, violando, por conseguinte, a Constituição, nada diz sobre a eventual possibilidade de o Judiciário ser chamado a interferir.²⁷⁰ Em verdade, tal abordagem somente surge com o tão referido *paper* 78, momento em que, finalmente, respondendo a críticas recebidas, lança as bases para a defesa do *judicial review of legislation*.

Sua tese se funda em dois aspectos basilares. Primeiramente, sustenta a vantagem em se outorgar a tarefa do controle aos tribunais em razão de estes não deterem mecanismos capazes de constranger os demais Poderes, exceto sua própria autoridade. Como *o menos perigoso dos Poderes*, entregar ao Judiciário a tarefa de zelar pela integridade da Constituição não poderia representar ameaça ao equilíbrio de forças ou à liberdade geral (“... ainda que os tribunais de justiça possam, algumas vezes, exercitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral ...”). Em segundo lugar, trabalha em cima da tese da

²⁶⁹ Em verdade, sua proposta limitava-se a afirmar a invalidade de todas as leis dos estados que confrontassem a legislação ou a Constituição federal. SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 101.

²⁷⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Líder, 2003. p. 199-200.

supremacia constitucional como fruto de uma opção do povo, de sorte que todas as autoridades se encontram a ela subordinadas, inclusive o corpo legislativo. Assim sendo, não há superioridade de um Poder em relação a outro, mas da vontade popular face a todos.²⁷¹

Relembra, então, a idéia do *common law* segundo a qual é tarefa dos juízes afirmar, pela interpretação dos textos, os sentidos das normas jurídicas, o que deve ser feito à luz dos parâmetros traçados na Constituição (“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”).²⁷² Daí, sustenta que, mesmo não estando expressa na Constituição esta prerrogativa, seria a mesma facilmente aferível do sistema lá delineado, para o que contribuem decisivamente a noção de soberania constitucional e a tradição do *common law*:

(...) não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites de suas atribuições.²⁷³

A defesa de Hamilton não tinha por propósito alterar o texto constitucional submetido ao aprovo dos estados federados, de sorte que pouco mais disse acerca do assunto aqui tratado, além de insistir na desnecessidade de sua expressa previsão normativa, posto que inerente ao sistema jurídico por aquele país adotado.²⁷⁴ E, mais uma vez, também durante o

²⁷¹ HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista. Op. cit.*, p. 458-460.

²⁷² HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista. Op. cit.*, p. 460.

²⁷³ HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista. Op. cit.*, p. 459-460. Alguns autores, como Roberto Blanco Valdés, ao analisar este aspecto da teoria constitucional de Hamilton, insistem em reduzir o tema a uma questão de *rigidez*, pelo que o *judicial review* atuaria como mecanismo capaz de meramente garantir a superioridade formal da Constituição, no que parece ser uma compreensão estreita acerca de uma das bases deste instituto, tão fortemente vinculado à idéia de soberania popular. VALDÉS. *El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. Op. cit.* p. 45.

²⁷⁴ No *paper* 81 é repetida a tese de que a Constituição é o parâmetro interpretativo a partir do qual se infere a validade das demais leis, reconhecendo-se, contudo, que não há, no texto em discussão, qualquer passagem que o afirme expressamente. Este dado, porém, não retira dos juízes a possibilidade de assim agir, posto que semelhante faculdade se encontra inscrita na própria teoria do constitucionalismo. HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista. Op. cit.*, p. 474.

processo de ratificação, muito maior interesse foi conferido ao delineamento da relação de forças entre estados e União, restando em segundo plano o tema do *judicial review*.

E assim ele permaneceu, latente, por alguns anos, até que a Suprema Corte teve oportunidade de se manifestar sobre o tema da validade de leis. Não, ainda não se chegou ao caso *Marbury vs. Madison*. Antes dele, entre 1796 e 1798, em três ocasiões a Corte foi chamada a verificar a conformidade de leis: em 1796, no caso *Ware vs. Hylton*, em que lei do estado da Virginia foi questionada face a tratado internacional; também em 1796, no caso *Hylton vs. United States*, quando afirmou a validade de lei federal confrontada com a Constituição federal; e em 1798, em *Hollingsworth vs. Virginia*, momento em que decidiu pela invalidade de uma lei federal, por contrariar a Constituição. Contudo, em nenhum dos casos declinou as causas sobre as quais entendia se sustentar seu poder.²⁷⁵

Pode-se dizer, então, que na década de 1790 a Suprema Corte norte-americana inaugurou a *prática do judicial review*, mas não se preocupou, naquele instante, em justificar sua conduta ou buscar fundamentos capazes de a legitimar. Esta tarefa, em verdade, somente foi cumprida por John Marshall, ao decidir o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, ocasião em que emitiu seu aclamado *obiter dictum* por cujo intermédio lançou bases conceituais que permitiram o futuro desenvolvimento de uma teoria do *judicial review*.²⁷⁶

Lá se encontram afirmados os princípios da limitação dos Poderes e da supremacia constitucional; a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição; e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema como uma prerrogativa ínsita ao sistema constitucional, em especial à *supreme clause*.²⁷⁷ Enfim, Marshall tratou de, em poucas laudas, sistematizar as idéias que já pairavam sobre a ordem jurídica constitucional

²⁷⁵ SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* Op. cit., p. 110-111.

²⁷⁶ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29. A decisão também pode ser encontrada em arquivo eletrônico: Sentencia Marbury vs. Madison. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 4, 2003. Disponível em <http://hc.rediris.es/04/Numero04.html> Acesso em 18 mai. 2006.

²⁷⁷ SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano*. Op. cit., p. 25-26. GARCÍA-PEJAYO. *Derecho Constitucional Comparado*. Op. cit., p. 422-423.

norte-americana, originadas na tradição inglesa do *common law* e no modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matiz contratualista, incorporados ao sistema estatal daquele país.²⁷⁸

O voto proferido por John Marshall ocupou-se de incorporar os fundamentos que, naquele instante, já eram correntemente reconhecidos como a base do *judicial review* (e mesmo sem propor inovações conceituais ou práticas ao modelo, ainda assim foi objeto de severas críticas). Era um tempo em que ainda reinava a preocupação em firmar o sistema federativo e a preponderância do poder central, bem como a autoridade da Suprema Corte e do próprio Judiciário.²⁷⁹ Além disso, em sua decisão pode ser identificada uma defesa dos valores que orientaram a corrente Federalista, predominante nos primeiros anos de vida independente, contra as tentativas reformadoras do grupo republicano capitaneado por Thomas Jefferson, eleito presidente no pleito de 1800 sobre uma plataforma que refutava um modelo de governo que entendia voltado ao atendimento dos interesses das elites mercantis. Neste sentido, muito mais que uma tentativa de fundar em bases conceituais a jurisdição constitucional norte-americana, o caso *Marbury vs. Madison* representou o ápice de uma

²⁷⁸ A relevância do precedente firmado pelo *Chief Justice* Marshall leva autores a afirmar que o mesmo assinalaria o surgimento da jurisdição constitucional (CAPPELLETTI. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis... Op. cit.*, p. 46. ENTERRÍA. *La Constitución como Norma... Op. cit.*, p. 135). Esta assertiva, embora frequentemente repetida, comporta alguns temperamentos, especialmente quando se compara o que a decisão afirmou com o que, anos mais tarde, convencionou-se dizer a seu respeito.

²⁷⁹ Neste sentido sustenta Ackerman que, tão importante quanto *Marbury*, foi o caso *Stuart vs. Laird*, julgado na mesma ocasião. Também neste caso se discutia a competência dos juízes da Corte, que houvera sido alterada com a nomeação de juízes permanentes para os Tribunais de Circuito (cargo até então exercido cumulativamente pelos juízes da Suprema Corte), ao final do governo federalista de Adams. Jefferson se opunha a esta alteração, pelo que buscava afastar estes juízes, na esteira de sua campanha por reestruturar o Judiciário, reduzindo a predominância dos federalistas. No caso *Marbury*, sob a condução de Marshall, a Corte se recusou a admitir que uma lei alterasse suas competências constitucionais. Já no caso *Stuart* (no qual Marshall não manifestou as razões de seu voto), a mesma Corte, na mesma sessão de julgamento, afirmou válida a lei que retirou de seus juízes uma competência, entregando-a a um corpo permanente de magistrados responsáveis pelos Tribunais de Circuito. Neste caso, foi relator o juiz Paterson, federalista histórico que participou da Convenção da Filadélfia. ACKERMAN, Bruce. *Marbury vs. Stuart*. Trad. Maria Valvidares. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 172-174; 182-189.

batalha política pela afirmação não apenas do Judiciário, mas de toda linhagem Federalista em cujo nome os juízes da Suprema Corte falavam.²⁸⁰

Após este embate, nos longos anos durante os quais permaneceu à frente do Tribunal, a grande tarefa assumida por Marshall consistiu em assegurar a supremacia da ordem jurídica e, conseqüentemente, do poder político federal face aos estados, nos moldes de uma concepção que afirmava exprimir a vontade dos *pais fundadores*.²⁸¹ Neste turno, Marshall representou uma resistência federalista contra a corrente política de Jefferson e sua tentativa de promover uma releitura da Constituição à luz das convicções trazidas por seu grupo.²⁸²

Cumprida sua tarefa inicial, o caso *Marbury vs. Madison* (ou, simplesmente, *Marbury*) caiu em sono profundo, não sendo invocado como precedente em qualquer decisão durante longos 84 anos, muito embora neste intervalo dezenas de leis estaduais e federais tenham sido invalidadas pela Corte.²⁸³ Após vasto tempo durante o qual não se pronunciou sobre a inconstitucionalidade de leis federais, a Suprema Corte retornou ao tema com o caso *Dred Scott*, julgado em 1857,²⁸⁴ mas apenas ao decidir o caso *Mugler vs. Kansas*, de 1887,

²⁸⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-100. Sobre os embates políticos que marcam este período, descreve Ackerman a maneira como os juízes da Suprema Corte participaram ativamente da campanha presidencial de 1800, colocando-se abertamente ao lado dos federalistas. Os juízes “(...) hicieran una vigorosa campaña a favor de Adams y Pinckney, transformando sus solemnes cargos como jurado en discursos políticos partidaristas. Persiguieran agresivamente a los editores republicanos al amparo de la Ley de Sedición, despertando las voces de la oposición en un momento crucial. Para hacer los problemas aun más ominosos, la Corte había sido en ese momento reforzada con el nombramiento, a ultima hora, de un presidente cuyo reciente cargo como secretario de Estado no prometía – por decirlo suavemente – moderación.” ACKERMAN. *Marbury vs. Stuart*. *Op. cit.*, p. 167.

²⁸¹ Marshall, nos anos em que permaneceu à frente da Corte, não voltou a desafiar o governo federal. Como afirma Ahumada Ruiz, “Su obsesión fueron los estados insumisos, incluido su estado de origen, Virginia, con su insistência en los ‘State’s Rights’”. RUIZ. *Marbury versus Madison* doscientos años... *Op. cit.*, p. 148.

²⁸² ACKERMAN. *Nós, o Povo Soberano*. *Op. cit.*, p. 100. Jefferson sempre defendeu o direito das gerações seguintes reverem as escolhas de seus antepassados, não se encontrando inevitavelmente a estes vinculadas. “Cada geração é tão independente da que a precedeu como esta de todas as outras que passaram antes.” Embora ele mesmo representasse, ainda, a geração dos convencionais de Filadélfia, defendia que “o progresso do espírito humano” fosse acompanhado pela legislação, quer pela via de emendas e reformas, quer pela releitura de seus abertos preceitos. JEFFERSON. *Escritos Políticos*. *Op. cit.*, p. 117-118.

²⁸³ NELSON. *Marbury vs. Madison*. *Op. cit.*, p. 84. SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 122-123.

²⁸⁴ Entre 1803 e 1857, apenas leis estaduais foram invalidadas, nenhuma federal. Isso mudou em 1857, com o julgamento do caso *Dred Scott vs. Sandford*, decisão por muitos reputada, acertadamente, como um trágico erro que em muito contribuiu para deflagrar a guerra civil norte-americana. Neste caso, talvez imaginando a repercussão negativa de sua manifestação, o Tribunal cuidou de se escudar em precedentes capazes de justificar suas escolhas, francamente segregacionistas e atentatórias aos direitos de minorias, mas não se lembrou, ainda, de *Marbury*. NELSON. *Marbury vs. Madison*. *Op. cit.*, p. 87-88. Este precedente ilustra o período em que Roger

lembrou-se de *Marbury*.²⁸⁵ Neste momento iniciou-se a trajetória que culminou na sua *ressignificação*, com o que passou a ser considerado o marco inaugural do *judicial review*.

O resgate de *Marbury* é feito, assim, não com o intuito de reafirmar a prerrogativa dos juízes de apreciar a validade de leis face à Constituição (o que nunca foi questionado no seio da Corte por qualquer dos *justices* que sucederam a Marshall²⁸⁶), mas de justificar a assunção de um papel francamente político pelo Judiciário, que se coloca a serviço de uma resistência conservadora.²⁸⁷ Para Thomas Grey, os rumos seguidos pelo *judicial review* a partir deste instante divergem tanto do que em *Marbury* se discutiu que este caso dificilmente poderia ser apontado como paradigma para o sistema de jurisdição constitucional que se implanta na América do Norte a partir do caso *Dred Scott*.²⁸⁸

Essa é a postura assumida pela Suprema Corte a partir de então, em sua caminhada pela consolidação da *supremacia judicial*. Nas décadas que se seguem, mais e mais se alarga seu papel no cenário político, interferindo diretamente em escolhas legislativas - com ênfase naquelas tendentes a romper com parâmetros arraigados na tradição liberal dos primeiros tempos - e fortemente atrelada à defesa da propriedade privada e da liberdade individual.²⁸⁹ Assim, se antes da guerra civil a preocupação da Corte residia em afirmar a cidadania nacional e a soberania estatal, após o fim da conflagração o que importava era definir os

Taney permaneceu à frente da Suprema Corte (1837-1867), tempo marcado por uma gradual ruptura com o modelo de seu antecessor, Marshall. Nesta fase, inicia-se a caminhada pela redução da interferência estatal, priorizando a liberdade individual, especialmente na esfera econômica. ACKERMAN. *Nós, o Povo Soberano*. *Op. cit.*, p. 106.

²⁸⁵ A referência a *Marbury*, neste julgamento, foi feita em *obiter dictum*, na busca por justificar a doutrina do *substantive economic due process*. No caso *Pollock vs. Framer's Loan & Trust Co.*, de 1895, finalmente *Marbury* assume o papel que o caracterizou pelas quatro décadas seguintes: servir de esteio para a defesa do mais vigoroso liberalismo econômico. RUIZ. *Marbury versus Madison* doscientos años... *Op. cit.*, p. 114-115. NELSON. *Marbury vs. Madison*. *Op. cit.*, p. 90.

²⁸⁶ SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 114.

²⁸⁷ Vários autores sustentam a tese aqui desenvolvida, segundo a qual a natureza política do *judicial review* não compunha sua originária conceituação, em *Marbury*, tendo sido, em verdade, incorporada pela prática da segunda metade do Século XIX. Assim se lê em Willian Nelson: "Like Snowiss, as well as Clinton and Hobson, I do believe that judicial review in *Marbury*, which granted judges authority to decide only issues of law and directed them to avoid political decision making, differed significantly from judicial review as it is practiced today, when judges frequently make choices of policy." NELSON. *Marbury vs. Madison*. *Op. cit.*, p. 7.

²⁸⁸ GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 103-104.

²⁸⁹ NELSON. *Marbury vs. Madison*. *Op. cit.*, 89.

direitos dos cidadãos, as garantias dos grupos minoritários e lidar com as crescentes reivindicações pelo reconhecimento de direitos individuais e sociais.²⁹⁰

O ativismo político da Corte em fins do Século XIX se pauta na exacerbação dos ideais liberais, especialmente o liberalismo econômico fundado na noção smitiana de *laissez faire*. Certamente a manifestação mais emblemática deste período foi proferida no caso *Lochner vs. New York*, em 1905, pela qual se firmou o postulado da não intervenção do Estado no domínio econômico, pouco importando o amplo apoio popular à legislação que em sentido contrário tentava apontar o país.²⁹¹

O auge deste momento, contudo, ainda estava por vir e se fez presente sob o governo de Franklin Delano Roosevelt, quando o conservadorismo da Corte falou mais alto e, no curto espaço entre 1934 e 1936, doze leis federais foram invalidadas, todas referentes a mecanismos de proteção social e intervenção estatal no domínio econômico.²⁹² Nota-se, assim, que entre as décadas de 1880 e 1930, em sucessivas ocasiões a Corte forneceu motivos para justificar a expressão *governo de juízes*, alcunhada por Edouard Lambert para denominar o processo de apreensão da Constituição,²⁹³ num movimento pelo qual “(...) no sólo se proclamaba supremo intérprete ‘del derecho de la Constitución’, sino que a renglón seguido afirmaba que sus pronunciamientos constitucionales eran parte de ese mismo derecho.”²⁹⁴

A enfática reação que se seguiu provocou uma radical mudança de postura na Suprema Corte, que passou a aceitar o novo modelo político social norte-americano. Segundo

²⁹⁰ ACKERMAN. *Nós, o Povo Soberano*. *Op. cit.*, p. 112-113.

²⁹¹ A luta dos tribunais norte-americanos contra a legislação social encontra-se descrita em LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte Contre la Législation Sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921. p. 67-69.

²⁹² SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 123-124. Assim, durante cerca de cinquenta anos, o Tribunal barrou sistematicamente, sempre que pôde, as tentativas do Congresso de promover a evolução dos sistemas de proteção social, ignorando a necessidade de defender quaisquer minorias ou direitos que não se identificassem com os ideais liberais. GARCIA-PELAYO. *Derecho Constitucional Comparado*. *Op. cit.*, p. 439.

²⁹³ LAMBERT. *Le Gouvernement des Juges...* *Op. cit.*, p. 16-20.

²⁹⁴ RUIZ. *Marbury versus Madison doscientos años...* *Op. cit.*, p. 120. Escrevendo nos anos de 1920, Maurice Hauriou expressa a preocupação que o ativismo judicial norte-americano causava na França e boa parte da Europa, assustadas com o forte papel político desempenhado por aqueles juízes, especialmente com respeito à legislação sobre direitos sociais. HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927. p. 338-339.

Ackerman, “No início dos anos 40, a Corte liderada por Harlan Fiske Stone tratava a era jurisprudencial anterior como se esta tivesse sido definitivamente repudiada pelo povo estadunidense.”²⁹⁵ Porém, foi apenas uma alteração de foco, pois restou inabalada sua convicção em seu papel político. Iniciando-se os anos de 1950, sob a presidência de Earl Warren, embrenha-se o Tribunal em uma de suas fases mais produtivas, firmando-se a jurisdição constitucional como um mecanismo de transformação social e defesa de direitos e liberdades, especialmente de grupos politicamente minoritários.

Neste momento, especialmente em seus pronunciamentos iniciais (onde se destacam os casos *Brown vs. Board of Education*, de 1954, e o subsequente caso *Cooper vs. Aaron*, de 1958, no qual o Tribunal afirmou sua autoridade frente às resistências impostas ao cumprimento da decisão de *Brown*), *Marbury* foi mais uma vez providencialmente lembrado e apresentado como fundamento de sua força e autoridade.²⁹⁶

Já se tinha, então, operado por completo sua transformação, de tentativa de afirmar os fundamentos para o controle judicial da validade de leis, garantindo a supremacia da Constituição federal face aos estados, a instrumento legitimador do poder político da Corte em seu processo de apreensão constitucional, servindo de sustentáculo para a soberania judicial que se implanta e promove “(...) una metamorfosis del Derecho Constitucional de los Estados Unidos bajo la acción continua y ‘constituyente’ del Tribunal Supremo”.²⁹⁷ E assim, freqüentemente empunhando *Marbury* como um *talismã*, os Tribunais americanos abandonam sua missão originária para se converterem, em matéria de controle de constitucionalidade, em

²⁹⁵ ACKERMAN. *Nós, o Povo Soberano*. *Op. cit.*, p. 107.

²⁹⁶ A partir dos anos 1940 a Suprema Corte assume por foco a valorização dos direitos dos cidadãos, o que se expressa pela proteção a grupos minoritários (negros, mulheres), proteção dos indivíduos contra o poder estatal, garantias do processo justo ou valorização do direito à autodeterminação sexual, familiar ou religiosa. A análise das causas e fundamentos desta mudança, embora extremamente relevantes, não deve ser desenvolvida neste momento. Fica, assim, a referência, entre outras, à obra de EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

²⁹⁷ SÁNCHEZ. *Formación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 126. E ainda nos tempos atuais, sempre que vislumbra qualquer risco à sua autoridade, *Marbury* é lembrado pela Corte como uma espécie de talismã, último e inapelável fundamento de seu poder. “*Marbury* es intemporal y poco importa que, como de vez en cuando se recuerda, la doctrina contenida en la sentencia haya sido en su mayor parte modificada (...) por la práctica y por decisiones posteriores.” RUIZ. *Marbury versus Madison* doscientos años... *Op. cit.*, p. 121-122.

cortes políticas, prontas para entrar em confronto com o Presidente ou o Congresso sempre que seus próprios parâmetros de validade e correção não são atendidos.²⁹⁸ Bernard Schwartz traduz esta constatação nas seguintes palavras:

Os desenvolvimentos ocorridos desde a elaboração de sua Constituição foram tão grandes que a maioria das questões de Direito Constitucional não pode ser mais resolvida hoje apenas com referência a seu texto (...) a sua interpretação pelos tribunais tornou-se, em vários aspectos, mais importante do que o próprio texto sucinto.²⁹⁹

Esta realidade, por certo, embora mais do que consolidada na prática constitucional daquele país, convive com críticas e adesões, que se exaltam em momentos de maior ativismo da Corte.³⁰⁰ Naturalmente, o correr dos anos tem colocado em xeque muitas das idéias concebidas com o fim de justificar o próprio *judicial review*, evidenciando não ser tarefa tão simples explicar a existência e as prerrogativas de uma Corte Constitucional, especialmente quando esta se coloca em posição de tamanha ascendência sobre as questões políticas de uma nação.³⁰¹ Em verdade, já há tempos instalou-se no pensamento jurídico norte-americano acalorado debate sobre a legitimidade dos poderes avocados pela Suprema Corte, questionando-se a capacidade de uma microscópica elite intelectual se apresentar como única capacitada a afirmar o que diz a Constituição. E assim permanece vivo o drama norte-

²⁹⁸ García de Enterría apresenta uma irônica metáfora para explicar o sistema constitucional norte-americano: "(...) La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el 'Marbel Palace', en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad." ENTERRÍA. *La Constitución como Norma... Op. cit.*, p. 135.

²⁹⁹ SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano. Op. cit.*, p. 21.

³⁰⁰ Alexander Bickel elaborou, na década de 1960, importante defesa do sistema judiciário e do *judicial review*, conferindo especial atenção ao problema do déficit democrático ínsito ao modelo de controle judicial de constitucionalidade. Sua tese se pauta no reconhecimento da Constituição como um remédio contramajoritário, o que afastaria o problema de se invalidar escolhas de maiorias, e na convicção de que o distanciamento entre Judiciário e sociedade seria uma vantagem, por colocar aquele em posição menos vulnerável às pressões políticas e sociais. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1962. No mesmo diapasão toca Schwartz, para quem "A posição do Judiciário nos Estados Unidos foi que permitiu que a Constituição americana fosse consagrada como a verdadeira lei suprema do país." SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano. Op. cit.*, p. 40.

³⁰¹ Nos anos 1970 Robert Bork apresentou estudo onde, analisando com especial ênfase o período que Earl Warren passou à frente da Corte, sustenta a natureza anti-democrática inerente à posição de ascendência assumida pelo tribunal na relação entre os Poderes. BORK, Robert H. *Neutral principles and some first amendment problems*. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 113-120.

americano de determinar onde se situa a autorização para que a Corte se afirme como *intérprete oficial* da Constituição.³⁰²

Em autores contemporâneos como Jeremy Waldron, Mark Tushnet ou Cass Sunstein³⁰³ é possível encontrar algumas das críticas ao sistema do *judicial review*, resgatando a questão sobre a legitimidade do Judiciário e, em especial, da Suprema Corte, dentro de um modelo de democracia que privilegia a representatividade popular do Parlamento, com o que se reaviva uma discussão que, certamente, está longe de chegar a um ponto de equilíbrio. Independentemente, porém, das censuras que se possa dirigir ao sistema ou a seus protagonistas, fato é que este se assenta na convicção acerca do papel soberano desempenhado pela Constituição, compreendida como essencial mecanismo de garantia dos cidadãos, de proteção para seus direitos, e tem buscado, com erros e acertos, assegurar que estes direitos restem preservados e cumpridos.

E assim se coloca este breve esboço do sistema norte-americano, com seus méritos, benefícios, inconsistências e contradições, uma visão crítica que se entende importantíssima especialmente quando se nota o fascínio que há tempos exerce, e continua a exercer, este modo de pensar e atuar a proteção constitucional pela via do Poder Judiciário.

³⁰² HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 157. ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*. New York: Oxford University Press. v. 2, n. 4, oct. 2004. p. 638.

³⁰³ Diante de uma evidente, a seus olhos, predominância do Judiciário, a afetar o equilíbrio entre os Poderes na proporção em que assume cada vez mais largo papel político, Waldron levanta duas questões: se a entrega ao Judiciário da proteção aos direitos gera uma melhor garantia do que se esta tarefa fosse confiada ao Legislativo; se a jurisdição constitucional encontra-se democraticamente legitimada, especialmente face ao sistema de escolha dos juízes. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. v. 115, abril 2006. p. 1348-1353. Disponível em <http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html> Acesso em 12. nov. 2007. Tushnet igualmente destaca alguns pontos que colocariam em xeque os fundamentos habitualmente invocados para conferir autoridade às decisões da Corte. TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*. n. 101, Aug. 2003. p. 2781-2802. TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring, 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2007. Sunstein defende que a Suprema Corte deveria assumir uma postura de auto-contenção, adotando decisões minimalistas, que não adentrem em questões morais nem busquem indicar rumos para as políticas governamentais. SUNSTEIN, Cass R. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. *in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

3.2. A difícil juridicização do controle de constitucionalidade no modelo europeu

Enquanto o sistema de proteção constitucional norte-americana sempre se pautou na atuação judiciária, mesmo antes desta ser firmada em termos conceituais, no continente europeu a matriz de pensamento político prevalente conduziu este tema segundo uma concepção diversa, refutando, em seu início e por longo tempo, a outorga de semelhante poder aos tribunais. Isso não quer dizer que a França e os demais países que também viveram um processo de constitucionalização não identificassem nas Constituições um documento solene e supremo em seu ordenamento jurídico. De fato, a preocupação em garantir a integridade das Constituições fez-se ouvir desde as primeiras manifestações do constitucionalismo liberal e, mesmo não tendo chegado a se firmar como uma realidade no continente europeu, o exemplo norte-americano a todo instante rondou as discussões lá desenvolvidas.³⁰⁴

A idéia de normas supremas a submeter os soberanos não configurava uma novidade em fins do Século XVIII³⁰⁵ e o exemplo inglês consolidado após seu longo período revolucionário, encerrado apenas em 1689, influenciava os pensadores continentais e de além mar.³⁰⁶ A novidade francesa consistiu em erigir um sistema capaz de justificar e efetivamente submeter compulsoriamente o poder estatal a parâmetros traçados em um *texto escrito*, solene e hierarquicamente superior a todo e qualquer diploma legal. Mas isso, por si só, não bastava ao propósito advogado por forte parcela dos novos atores políticos que entravam em cena. Era

³⁰⁴ Importante destacar que também neste momento não se pretende reproduzir cada uma das várias etapas que caracterizou a vida política francesa após 1789, mas apenas traçar um panorama geral sobre a questão dos mecanismos institucionais para defesa da Constituição. Em François Furet é possível perceber como o século que sucede 1789 foi marcado por sucessivas idas e vindas, embates entre Revolução e Restauração, que dificultam enormemente qualquer tentativa de tratar linearmente a história institucional deste país, estudo que, se fosse feito, certamente ultrapassaria em muito os propósitos desta pesquisa. FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Trad. Luiz Marques e Martha Gambini. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 18-19.

³⁰⁵ A título exemplificativo, refiram-se várias passagens da obra de Sieyès em que este faz menção a uma *constituição* vigente no período pré-revolucionário. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9; 26; 40; 48. Dieter Grimm lembra que “Las denominaciones del nuevo fenómeno (*Verfassung, Konstitution* y, en sus países de origen, *constitution*) eran ya familiares antes de las revoluciones, aunque en aquella época tenían otro significado.” GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 49.

³⁰⁶ LYNCH. *O Momento Monárquico*. Op. cit., p. 29.

preciso, ainda, deixar claro que estes parâmetros, de onde se extraíam os limites para exercício do poder, não eram uma concessão de qualquer monarca, mas uma imposição da vontade popular.³⁰⁷

Identificando na Constituição o espaço onde se materializam os desejos da nação por uma sociedade livre, igual e fraterna, não foi difícil para importante parcela do pensamento constitucional francês enxergar nela um documento supremo, a própria representação da vontade popular soberana.³⁰⁸ Compõe, a partir de um conjunto de escolhas políticas da sociedade, o ato inicial da soberania nacional, do qual todos os demais decorrem, devendo sua existência e legitimidade às autorizações constitucionais.³⁰⁹ Desde antes da Revolução, não havia dúvidas de que esta seria “(...) la source de tous les *pouvoirs constitués*; non seulement le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, mais également le pouvoir législatif (...)”, como explica Esmein.³¹⁰

Caberia a ela, portanto, dar forma à vontade revolucionária, assegurando que a relação de poder seria delineada da sociedade para o governo, e não no sentido contrário, em uma clara incorporação do ideal contratualista (aliás, segundo o ideário vigente naquele momento, a Constituição podia ser vista como a positivação do próprio contrato social).

³⁰⁷ ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel... Op. cit.*, p. 503-505. Este é um dos elementos básicos da Teoria Constitucional francesa que se espalha, de modo gradual, pelo continente, com especial ênfase nas duas décadas seguintes à queda da Bastilha e após as revoltas de 1848, momento em que diversos valores revolucionários são retomados, após período durante o qual a tentativa de restauração das antigas monarquias, com seu fundamento no direito divino (ocorrida após a aventura napoleônica, encerrada, definitivamente, em 1815), houvera ganho breve fôlego. Há que se ressaltar que, embora tenha sido incorporado por diversas nações, o exemplo francês - como o norte-americano - é ímpar, na medida em que neste país o constitucionalismo nasceu como fruto do amadurecimento de um processo histórico, elaborado ao longo de décadas, que lhe permitiu identificar nas declarações de direitos e nos textos constitucionais a representação formal de todo um conjunto de idéias e reivindicações. E isto nação alguma do velho continente pôde reproduzir. HELLER. *La Soberanía. Op. cit.*, p. 159.

³⁰⁸ SIEYÈS. *A Constituinte Burguesa. Op. cit.*, p. 49. Pensamento que, ressalte-se, por longos anos encontra em correntes que defendem a centralidade do poder monárquico forte antagonista. LYNCH. *O Momento Monárquico. Op. cit.*, p. 62-65.

³⁰⁹ Para Carré de Malberg, “(...) la naissance de l’État coincide avec l’établissement de sa première Constitution (...)”, de modo que “(...) l’existence d’une Constitution forme la condition absolue et la base même de l’État (...)” MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l’État*. t. 1. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920. p. 65.

³¹⁰ ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel... Op. cit.*, p. 505. Complementa Carré de Malberg que, segundo o sistema jurídico vigente após 1789, os governantes “(...) possèdent, non plus une puissance souveraine, mais seulement des compétences constitutionnelles.” MALBERG. *Contribution à la Théorie Générale de l’État. Op. cit.*, p. 230.

Porém, diferentemente do pensamento norte-americano, no modelo que logra prevalecer na Europa, a Constituição é antes um instrumento para submissão do poder estatal do que um espaço para garantia de direitos dos cidadãos.

O substrato contratualista de toda teoria constitucional francesa encontra-se bastante evidenciada na obra de Sieyès, que sustenta sua defesa quanto à reformulação das bases de poder estatal no reconhecimento da soberana capacidade criadora da nação. Esta, por seu turno, “(...) se forma unicamente pelo direito natural (...)”,³¹¹ que, no entanto, uma vez transcrito no texto constitucional, sobrevive e se afirma no campo do Direito positivo, conferindo-se uma nova racionalidade ao sistema jurídico. A nação detém absoluta autoridade - que não lhe é entregue por qualquer homem ou rei - e, por isso, é a origem de toda legalidade. Somente é válido o poder exercido em seu nome e dentro dos limites por ela outorgados, seja diretamente, seja mediante a intermediação de seus legítimos representantes.³¹²

A Constituição, como documento que solenemente acolhe e dá voz à vontade geral, não pode ser entendida de outra forma que o *locus* da soberania e base, por conseguinte, da legitimidade de todos os poderes instituídos, que dela extraem sua condição de existência e validade para seus atos. Nota-se claramente, tal qual na realidade norte-americana, que desde início se fizeram presentes condições para afirmar a presença de um estado de subordinação geral à Constituição, segundo o qual todo o sistema estatal se encontra limitado pelos preceitos naquela instituídos. E nisto se inclui o Parlamento, afinal, “(...) c’est de la Constitution que ces législateurs tiennent leurs pouvoirs.”³¹³ O que permite sustentar, ao contrário do que com certa freqüência se afirma,³¹⁴ ter a França sempre reconhecido a soberania constitucional (e não a soberania parlamentar), da mesma forma como os vários

³¹¹ SIEYÈS. *A Constituinte Burguesa*. *Op. cit.*, p. 49.

³¹² SIEYÈS. *A Constituinte Burguesa*. *Op. cit.*, p. 49-50.

³¹³ ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 506.

³¹⁴ Entre outros, SCHWARTZ. *Direito Constitucional Americano*. *Op. cit.*, p. 22; SANCHÍS. *Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley*. *Op. cit.*, p. 62-63.

países onde as Constituições nasceram como fruto de uma negociação com os soberanos absolutos.

É certo que ao Parlamento francês sempre foi conferida ampla capacidade legislativa, justificada na medida em que se lhe reconhecia a prerrogativa de corporificar a vontade popular, muito embora sempre tenha sido bastante debatida a questão sobre os limites da capacidade de representação.³¹⁵ Contudo, isto nunca lhe permitiu dispor de modo contrário aos preceitos constitucionais (no que se diferencia fundamentalmente do modelo parlamentar inglês). Escudando a noção de soberania, fez-se presente, desde logo, o conceito de *rigidez*, de sorte que qualquer disposição destoante do texto maior somente poderia ser acolhida se estivesse adstrita aos limites deixados à revisão constitucional. Com isso, conciliava-se a necessidade de conferir certa flexibilidade à Constituição, permitindo às gerações futuras alguma capacidade de rever as escolhas dos constituintes, com o respeito à vontade soberana nacional manifestada em um dado momento.³¹⁶

Ora, sendo certo que a Constituição é soberana, subordinando a todos os poderes instituídos, e que, mesmo sendo legítimo representante da vontade popular, encontrava o Parlamento limites à sua atividade legislativa, é evidente que qualquer medida contrária aos comandos constitucionais poderia ser considerada inválida. Contudo, em que pese a presença desta certeza no pensamento constitucional francês, ela não se materializou na instituição de

³¹⁵ Sobre as dificuldades em se definir os limites da capacidade de representação e as contestações à participação popular no processo eleitoral e nas deliberações parlamentares, veja-se o comentário de CONSTANT, Benjamin. Princípios de Política. in *Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 231-232.

³¹⁶ Sobre as primeiras Constituições, tratou CONSTANT. Princípios de Política. *Op. cit.*, p. 233-234. Sobre a abrangência da rigidez constitucional, algumas concepções divergentes conviveram por certo tempo, logrando prevalecer a amparada na teoria rousseauiana. Segundo esta, cabe à Constituição regular o procedimento para sua própria alteração, bem como limites formais e materiais para o exercício do poder revisor, sistema que, facilmente se nota, informa as bases para revisões e emendas ainda nas Constituições de hoje. Outro dado que dessa concepção se extrai é a diferença entre poderes *constituente* e *legislativo*, ambos firmados pela Constituição, mas cada qual com um fim: ao primeiro incumbe a revisão constitucional, observados os limites originariamente traçados; ao segundo, as leis ordinárias, que jamais podem confrontar os preceitos gravados na lei maior. Esmein observa ainda que, embora autores como Sieyès afirmassem se dever esta distinção ao gênio criativo francês, algumas Constituições de estados norte-americanos já traziam preceitos semelhantes, dos quais a mesma noção podia ser extraída. ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 510-512. SIEYES. *A Constituinte Burguesa*. *Op. cit.*, p. 48.

algum sistema protetivo eficaz, dotado da expressa prerrogativa de invalidar leis que atentassem contra a Constituição.

Em verdade (afora a propalada desconfiança nos juízes, representantes do *ancien régime*), imperava a crença na estrita separação dos poderes estatais, de modo que não se admitia entregar a um órgão do Executivo ou do Judiciário a tarefa de zelar para que o Legislativo não ultrapassasse seus limites, o que poderia gerar indesejável desequilíbrio entre os Poderes. Na interpretação de autores contemporâneos, o que se esperava, de fato, era que o Parlamento exercesse uma autocontenção, respeitando rigorosamente os mandatos outorgados pelo povo, sob pena deste, a qualquer instante, cassar-lhe o poder.³¹⁷ Esta idéia, que se teria firmado desde os primeiros anos da Revolução, atravessa firme o Século XIX e sobrevive a variadas contestações, subsistindo entre teóricos do início do Século XX a crença na força revolucionária popular, numa espécie de *capacidade de mobilização permanente*, sempre pronta a interferir diante de excessos do Parlamento.³¹⁸

Embora tenha prevalecido, por longo tempo, na concepção francesa e européia o primado da não interferência entre poderes, nunca cessou a discussão acerca da conveniência de se instituir mecanismos concretos para controle da validade das leis. Neste turno, o modelo norte-americano de base jurisdicional sempre pairou sobre o continente, tendo batido às suas portas em vários momentos. Afora discussões travadas nas assembleias constituintes dos primeiros anos pós-revolução, a primeira proposta concreta de que se tem notícia é o *jurie constitutionnaire* idealizado por Sieyès na Convenção do ano III (1795). Este seria composto por um largo corpo especial de representantes, alheio a qualquer dos poderes instituídos, ao qual seria dada a específica tarefa de analisar reclamações acerca de quaisquer atos que

³¹⁷ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 64-66. O mesmo se encontra em ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 511.

³¹⁸ ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 509.

pudessem ameaçar a Constituição.³¹⁹ Sua proposta não logrou êxito, mas, diante da necessidade de prevenir o retorno aos excessos do período do terror e conferir certa estabilidade à Revolução, serviu de base para o *Sénat conservateur*, órgão criado com a Constituição do ano VIII (1799) e que tinha por propósito manter ou invalidar atos reputados inconstitucionais pelo governo ou por tribunais. Resistiu por algum tempo, até 1807, mas nunca proferiu qualquer decisão relevante ou que fosse minimamente respeitada. Foi recriado em 1852 e voltou a desaparecer com a Constituição de 1875, novamente sem ter deixado qualquer manifestação digna de nota.³²⁰

Diante do fracasso de semelhantes experiências, a importação do sistema jurisdicional de matriz norte-americana vinha sendo cada vez mais fortemente cogitada, mas, em fins do Século XIX, segundo os parâmetros reinantes na França e diversos países de semelhante modelo constitucional, ainda estava longe de parecer a melhor solução.³²¹ Isso em muito se justifica porque, nesta época, a Suprema Corte já havia ingressado em sua fase fortemente ativista, assumindo destacado papel político no exercício do *judicial review*. Assim, o temor de implantar um *governo de juízes* só crescia na medida em que, do outro lado do Atlântico, mais e mais exemplos de uso político do controle de constitucionalidade eram construídos.³²²

³¹⁹ SIEYES, Emmanuel. Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional. Trad. Ramón Maiz. in *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 275-293. Sieyès é um dos autores que logo percebeu necessitar o poder popular de limites, sob pena de se tornar incontrollável. Busca no Direito Natural justificar semelhantes restrições, resgatando, mais uma vez, conceitos do contratualismo, agora em sua vertente lockeana. SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 68. Interessante leitura acerca da proposta de Sieyès se encontra em JAUME, Lucien. Sieyès et le Sens du Júri Constitutionnaire: une reinterprétation. Revista Electrónica de Historia Constitucional. n. 3, jun. 2002. Disponível em <http://hc.rediris.es/03/Numero03.html> Acesso em 05. out. 2006.

³²⁰ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 20. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984. p. 103-104. ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 537-538.

³²¹ Informa Esmein que, desde o advento da Revolução, tinha-se como certo que a função dos Tribunais é a de aplicar as leis e a Constituição, e não as julgar, de sorte que não lhes caberia decidir sobre constitucionalidade, numa rigorosa compreensão sobre a separação de poderes. Esta doutrina persiste no início do Século XX (sua obra data de 1909) e se encontra reproduzida em países como Bélgica, Itália e Suíça. ESMEIN. *Éléments de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 532.

³²² HAURIOU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. *Op. cit.*, p. 338 e 342-343.

Em que pese, contudo, as críticas e resistências, nas primeiras décadas do Século XX cada vez mais fortes se faziam as vozes em defesa de um sistema protetivo de base jurisdicional, já se encontrando autores que enxergavam a possibilidade de os juízes, mesmo sem expressa autorização constitucional, verificar a validade de leis face ao texto maior.³²³ A França, porém, mesmo fustigada internamente por diversos pensadores, demonstrando forte apego à sua herança revolucionária conseguiu resistir ainda por um bom tempo aos apelos da atuação jurisdicional,³²⁴ o que não se repetiu em outras nações, em especial Áustria e Alemanha, levando ao deslocamento do eixo desta discussão para o cenário que, a partir de então, se delineia nestes países.³²⁵

Nos primeiros anos do Século XX já era nítida a tendência de colocar por terra as tradicionais resistências, especialmente diante de três elementos que se combinavam: a premência em refrear a instabilidade do sistema parlamentar e os reiterados excessos de legisladores e governantes; a necessidade de recuperar o prestígio das Constituições, reafirmando sua ascendência sobre o sistema jurídico e político estatal; e a falta de alternativa melhor ao sistema jurisdicional.³²⁶ Assim é que, nas primeiras décadas daquele século, entram

³²³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933. p. 71-75. HAURIOU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. *Op. cit.*, p. 345-355.

³²⁴ Bastante significativa é a análise feita por Edouard Lambert acerca das virtudes e perigos do controle judiciário norte-americano. LAMBERT. *Le Gouvernement des Juges...* *Op. cit.*, p. 224-231. Também sobre o tema trata BURDEAU. *Manuel de Droit Constitutionnel...* *Op. cit.*, p. 112-114. Bastante abrangente é a apreciação feita por SEGADO, Francisco Fernández. 'Fetichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges.' Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958). *Rivista Telematica Osservatorio sul Federalismo e i Processi di Governo*. n. 3, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 07 fev. 2007. p. 1-6.

³²⁵ HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. n. 14, 2º sem. 2004. p. 157. Cumpre lembrar que a Suíça, no ano de 1874, inaugurou, no continente europeu, um sistema de controle de constitucionalidade de matriz jurisdicional, embora limitado a aferir a validade de leis cantonais face à Constituição central. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. p. 17. Outras tentativas que não lograram se consolidar, como a alemã de 1849 ou a austríaca, do mesmo ano, são relatadas em SEGADO, Francisco Fernández. La defensa jurídica de la constitución. in *Estudios Jurídico-constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 264-266.

³²⁶ HAURIOU. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. *Op. cit.*, p. 334-335. Carré de Malberg, referindo-se ao exercício do poder popular delegado aos legisladores, afirma claramente que a capacidade criadora ínsita ao mesmo não pode ser irrestrita, posto que seu exercício deve ser produto e almejar ao equilíbrio entre os atores estatais e a coletividade. MALBERG. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. *Op. cit.*, p. 228-229.

em cena alguns modelos pautados na atuação jurisdicional, dentre os quais merecem ser lembrados os desenvolvidos na Alemanha de Weimar e aquele que ficaria gravado na história: a Corte Constitucional austríaca, concebida em 1920.

Precursora (ao lado da breve Constituição mexicana de 1917) da normatização do Estado Social, a Constituição de Weimar, na esteira de tradição que acompanhou a gênese do Estado germânico,³²⁷ instituiu na Alemanha um sistema bastante peculiar que abria espaço para exercício do controle de constitucionalidade, em moldes inspirados na concepção norte-americana, que, assim como várias outras promessas nela inscritas, não logrou funcionar plenamente.³²⁸ Foi uma solução fadada ao insucesso muito mais por força do conturbado momento político pelo qual passava o regime alemão do que por deficiências intrínsecas ao modelo concebido, que nem chegou a ser completamente implantado.³²⁹ O dado mais relevante, contudo, talvez seja o fato de que sua crítica impunha a comparação com o modelo do país vizinho, seja por sua originalidade ou pela forte influência recíproca existente entre Áustria e Alemanha, o que gerou relevantes debates dentre os quais se destaca aquele travado por Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Embora Carl Schmitt não tenha se preocupado em analisar a prática do Tribunal Constitucional austríaco, em funcionamento desde 1920 (o que Kelsen muito lamentava), é certo que este se incluía no modelo por ele criticado em sua obra *O Guardiã da*

³²⁷ Gilmar Ferreira Mendes dá conta de que já no início do Século XIX houve entendimentos para instituição de um tribunal capacitado a decidir questões inerentes à formação constitucional da Confederação, dirimindo conflitos entre seus entes. A proposta de uma corte com tais poderes foi inscrita em projeto de constituição apresentado em 1849 e, finalmente, em 1871, acabou consagrado na Constituição promulgada naquele ano. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7-8.

³²⁸ Previa a instauração do Tribunal de Justiça do Estado (*Staatsgerichtshof*), ao qual foi entregue a tarefa de dirimir algumas das questões envolvendo conflitos constitucionais, ficando as restantes divididas entre outras cortes (que, por vezes, nem chegaram a existir, como o Tribunal Administrativo - *Reichsverwaltungsgericht* - regulado em lei de abril de 1920), que acumulavam, ainda, diversas outras competências. FROMONT, Michel. La Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne. Présentation de la Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 15, mars à septembre 2003. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc15/al11.htm> Acesso em 10 nov. 2005.

³²⁹ Como destaca Sanchís, o fracasso da justiça constitucional de Weimar não foi dela mesma, mas da própria República. SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 89.

Constituição, lançada em 1931, uma versão ampliada de estudo publicado em 1929.³³⁰ Nesta se encontra o cerne de sua defesa de um sistema diferenciado para proteção constitucional, totalmente dissociado da atuação jurisdicional, presente tanto no arquétipo alemão vigente em Weimar quanto na teoria Kelseniana e na prática austríaca. Em Kelsen, por seu turno, dois textos sintetizam sua posição firme a favor da justiça constitucional especializada: *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, de 1928,³³¹ e *Quem deve ser o Guardião da Constituição*, de 1931,³³² este segundo escrito já no período em que residia na Alemanha, após seu complicado afastamento do cargo de juiz constitucional da Corte austríaca. O embate que se desenvolve em torno das idéias destes autores em muito contribuiu para estabelecer os parâmetros que, após a Segunda Guerra Mundial, permitiram que se passasse a falar em um *sistema europeu* de controle de constitucionalidade, fixando, em definitivo, seus alicerces jurisdicionais.³³³

3.2.1. As alternativas de Schmitt e Kelsen e sua relevância na construção do cenário europeu atual

Que Schmitt sustentava dever o guardião da Constituição ser o Presidente do Reich é assunto conhecido e propalado. O mesmo se diga quanto à constante defesa de um sistema totalitário que perpassa suas teses. O que nem sempre se coloca claramente são a linearidade e a coerência de seu pensamento, absolutamente coadunado com sua proposta de conceber não teorias gerais aplicáveis a momentos onde todas as instituições funcionam idealmente, mas

³³⁰ SCHMITT, Karl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³³¹ KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. in *La Giustizia Costituzionale*. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giufrè, 1981.

³³² KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? in *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 237-298.

³³³ Não se pretende, aqui, esmiuçar as teorias destes dois pensadores, tão marcantes na história do constitucionalismo contemporâneo, reduzindo-se a análise aos aspectos que pontuam o tema do controle de constitucionalidade. Não se pode deixar de mencionar, contudo, que, em toda polêmica, este assunto parece ter composto apenas o pano de boca que encobria o verdadeiro cenário onde se travava o embate: a definição dos fundamentos da política, da democracia e do Estado. Percepção corroborada por HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 86, oct.-dic. 1994. p. 220-222.

soluções para as crises. Schmitt é um *teórico da crise* e, ao redigir sua proposta, encontra-se mergulhado em uma.³³⁴

Após breve período de estabilidade, com o advento da crise mundial de 1929, acoçada pelas exigências do Pacto de Versailles e tendo de lidar com graves pressões de movimentos sociais largamente influenciados pelo sucesso da Revolução Russa de 1917, a República de Weimar vislumbrava o colapso.³³⁵ Neste cenário, a preocupação de Schmitt é manter a Constituição viva, pois, a seus olhos, esta representa a fundação e a unidade do povo alemão. Evitar sua ruína, portanto, é condição inafastável à garantia da sobrevivência do próprio Estado germânico, naquele instante de vida ainda tão curta.³³⁶

A continuidade da nação alemã dependia intimamente da continuidade do Estado, compreendido em uma dimensão burocratizada e, portanto, independente e neutra.³³⁷ Este aspecto das preocupações schmittianas é reflexo de uma tradição tipicamente germânica, que percebia no Estado a própria materialização das ordens social e econômica. Neste turno, o sistema de poder político, que se exprimia pelo direito público, na medida em que se apresentava como instrumento para satisfação dos interesses nacionais, não lidava bem com a idéia de limites impostos por uma ordem constitucional soberana, que acabava por aquele sobrepujada.³³⁸

A manutenção deste modelo, contudo, em larga medida representa a insistência em um pensamento, a seus olhos, ultrapassado, posto que fincado em certezas reinantes no Século

³³⁴ A “força coercitiva de uma necessidade criada” é o grande impulsionador do trabalho de Schmitt, segundo o próprio afirma no prefácio de seu *O Guardião da Constituição*. SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. XVIII.

³³⁵ HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 196.

³³⁶ Anos depois, Schmitt reafirma seu propósito de construir uma Teoria Constitucional capaz de salvar a república de Weimar e a própria integridade da nação germânica, como se pode ler na introdução que escreveu em fins dos anos 1950 para a obra intitulada *Legalidade e Legitimidade*, aqui referida em sua tradução espanhola. SCHMITT, Karl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971. p. IX.

³³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 152-153.

³³⁸ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 22. FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 147. Ainda em Fioravanti se encontra a informação de que esta é uma noção fortemente influenciada pelo chamado princípio monárquico, idéia segundo a qual o conjunto monarquia/burocracia representaria o Estado, que pode, assim, ser considerado anterior à própria Constituição. p. 155.

XIX. Schmitt entendia inadmissível persistir na crença de que Estado e sociedade constituiriam dois pólos opostos e permanentemente em conflito, a necessitar de uma ordem jurídica pensada para amortecer os inevitáveis choques e proteger o povo dos abusos de um aparelho estatal plenipotenciário.³³⁹ Esta é uma das bases de sua crítica ao liberalismo e ao arquétipo estatal pautado no princípio monárquico, segundo o qual a Constituição é apresentada como uma concessão do monarca que se mantém em permanente oposição ao povo e seus representantes.

Na República de Weimar, contudo, não havia mais um Estado forte a ponto de representar uma ameaça à sociedade e esta, por seu turno, não mais podia ser contemplada como um momento de oposição ao poderio soberano. Em verdade, ao invés de pólos antagônicos e conflituosos, Schmitt sustentava que Estado e sociedade, em uma realidade de superação do liberalismo, aproximavam-se a ponto de todos os problemas sociais e econômicos tornarem-se problemas estatais, desaparecendo a concepção de *neutralidade* estatal: “(...) se Estado e sociedade devem ser fundamentalmente idênticos, todos os problemas sociais e econômicos tornam-se, então, problemas diretamente *estatais* e não se pode mais diferenciar matérias político-estatais daquelas de cunho social e apolítico.”³⁴⁰ E assim se tem claramente delineada uma das idéias chave do chamado Estado Social.

Pensado sob tal prisma, o Estado torna-se produto da auto-organização social, uma decisão política capaz de, por si só, dar forma e legitimar o ente político que dela emana.³⁴¹ Logo, o Estado não mais pode ser visto como algo dissociado ou neutro perante o povo, sendo certo que ambos formam um todo. Desaparecem, assim, espaços aos quais poderia o poder público restar alheio, cabendo-lhe interferir em todos os aspectos da vida coletiva, com o que se idealiza o que denomina *Estado Total*.³⁴²

³³⁹ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 107-109.

³⁴⁰ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 115.

³⁴¹ HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 203.

³⁴² SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 116-117.

No quadro que Schmitt espera ver concretizado, dentro do qual o antagonismo cede espaço para a complementaridade, o Parlamento ostenta papel relevantíssimo, cabendo-lhe equilibrar as forças políticas e garantir a integridade da Constituição, alicerce do poder popular.³⁴³ Neste cenário, os partidos políticos, enquanto instâncias de representação dos diversos interesses e tendências sociais, assumiriam papel político primordial, permitindo ao Parlamento, na medida em que representasse a sociedade como um todo, zelar pelos interesses da nação, mantendo vivo seu poder soberano, e controlar plenamente a Constituição. Schmitt não representa, portanto, um retorno ao estatualismo pré-liberal, mas a busca pela transição para um modelo de Estado Social, feito muito à sua feição, é bem verdade, e fundado em um conceito de democracia que só encontra sinônimo, nos tempos atuais, na mais profunda ditadura.³⁴⁴ Mas, ainda assim, é um grito pela ruptura com um sistema político-jurídico liberal que seguia fortemente identificado como causa para a crise política e social reinante.

A tese da supremacia parlamentar, porém, não encontrava reflexo na realidade vigente. Um Legislativo que insistia em se manter fiel a ideais ultrapassados, colocando-se como antagonista em um cenário onde deveria imperar a integração, esgarçado por múltiplas dissensões internas e fragmentado em inúmeros partidos heterogêneos e instáveis jamais poderia compor o baluarte da unidade nacional. Naquele instante em especial, o Legislativo não podia, como era a vontade de Schmitt, comutar a pluralidade dos antagonismos sociais,

³⁴³ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 114. É claro que Schmitt não quer dizer, com isso, que o poder popular permaneça pujante, a lhe permitir, a qualquer tempo, interferir nos rumos da burocracia governamental. Em verdade, o povo entrega seu poder soberano a seus representantes e, ato contínuo, sai de cena, de modo a permitir que estes, agindo em nome da unidade nacional, exerçam o poder. FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 155-156.

³⁴⁴ Para Schmitt, democracia se identifica com homogeneidade, o que impõe a adesão de todos a princípios básicos capazes de permitir a construção de um alicerce comum consensual em torno do qual se oriente o Estado. A identidade entre os princípios condutores da vida social é imprescindível à própria existência comum, o que lhe permite concluir que a formação desta base uniforme só pode ser realizada por alguém capaz de se identificar com a totalidade da nação, afastando as divergências e antagonismos que poderiam conduzir à fragmentação do projeto comum nacional. MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa. n. 2, jul./dez. 1994. Disponível em <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf> Acesso em 28 mar. 2008.

econômicos e culturais em uma unidade de vontade política.³⁴⁵ Considerando a Constituição como receptáculo da vontade soberana da nação e base comum da unidade estatal, como poderia Schmitt admitir que sua tutela fosse entregue a um Parlamento cindido, “terreno inseguro e disputado por vários lados”?³⁴⁶ Assim, na medida em que a realidade fática impossibilitava o controle e a guarda da Constituição pelo Parlamento, era preciso identificar outro personagem capaz de fazê-lo.

Seus olhos se voltam imediatamente para o Judiciário e a insistência em se importar o modelo norte-americano de *judicial review*, o que Schmitt de pronto repudia. Sua crítica à atuação da Suprema Corte estadunidense passa pela análise do modelo estatal adotado naquele país, onde a manutenção de uma certa ordem social e econômica face ao governo constitui premissa inabalável. O paradigma liberal, então, justifica a existência de um - em suas palavras - *estado judicial*, no qual os direitos constitucionais são compreendidos como uma barreira para o poder estatal, o que autoriza os tribunais a, agindo em nome da defesa da sociedade, garantir a prevalência da Constituição.³⁴⁷

A realidade alemã, contudo, não permitiria a incorporação deste sistema, ou, melhor dizendo, *não poderia se satisfazer apenas com ele*, pois no Estado Total que a Constituição de Weimar buscava construir, o governo não se colocava como um antagonista, algo a ser contido a todo custo. Em verdade, o Estado formava um momento materializador da idéia de *nação germânica*, que tinha na Constituição seu marco fundamental. Ele não representava uma ameaça, mas a própria concretização da unidade alemã.

³⁴⁵ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 128-129. Como explica Chantal Mouffe, o regime representativo real, como o vigente na Alemanha de Schmitt, não permite a identidade entre governantes e governados, acabando por afastar o povo do poder, com o que limita seu exercício a um grupo que jamais conseguiria refletir a vontade da nação. MOUFFE. *Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt*. *Op. cit.*

³⁴⁶ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 132. A degeneração do Parlamento como instância representativa da unidade alemã e sua fragmentação em um *Estado pluralista* são destacadas por HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 211-212.

³⁴⁷ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 22.

Permitir aos tribunais invalidar atos contrários ao texto constitucional, nos moldes já previstos na Constituição do Reich, teria por finalidade garantir respeito a ela, mas nada mais representaria que uma extensão do dever que a todos incumbe, independentemente do cargo que ocupem, de zelar pela observância da Constituição. *Guardar a Constituição, para Schmitt, representava algo mais amplo: zelar pela manutenção da unidade alemã, pela integridade da nação germânica.*³⁴⁸ A proteção jurisdicional poderia compor o sistema de defesa da Constituição escrita, das *leis constitucionais*, mas jamais seria suficiente para assegurar a integridade da Constituição, compreendida como materialidade da decisão política fundadora do Estado.³⁴⁹ Para esta, apenas uma proteção igualmente política bastaria.

O papel que pode ser ao Judiciário reconhecido é logo circunscrito a uma dimensão menor, repudiando, Schmitt, que se lhe entregasse a tarefa maior e fundamentalmente política de guarda da Constituição.³⁵⁰ Entra em cena, então, sua tese de que a guarda da Constituição (repita-se, compreendida como momento de unidade da nação alemã) deve ser entregue a um *poder neutro*, um órgão que se encontre em relação de coordenação com os demais entes estatais, “(...) localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares.”³⁵¹

Resgata, para tanto, as idéias de Benjamin Constant com sua concepção acerca de um poder intermediário e regulador, que represente um momento de perfeita identidade entre governante e governados.³⁵² No Presidente do Reich encontra a figura que congrega as características necessárias ao cumprimento deste papel: independente face ao Parlamento;

³⁴⁸ SCHMITT. *O Guardião da Constituição. Op. cit.*, p. 31-32. HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 211.

³⁴⁹ E aqui se relembra a distinção traçada por Schmitt entre *Constituição*, entendida como decisão política fundadora do Estado, e *lei constitucional*, que seriam os dispositivos constitucionais positivados. HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 208.

³⁵⁰ Deve-se lembrar que, naquele período, os juízes alemães vinham sistematicamente invocando maior liberdade na interpretação das normas, no chamado *Movimento para o Direito Livre*, com o que assumiam seu papel como atores políticos. SCHMITT. *O Guardião da Constituição. Op. cit.*, p. 29. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97-100.

³⁵¹ SCHMITT. *O Guardião da Constituição. Op. cit.*, p. 193.

³⁵² MOUFFE. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. *Op. cit.*

dotado de poderes típicos de um verdadeiro chefe de estado; e expressamente autorizado a proteger a Constituição. Lembra, então, que, desde o instante em que se reuniram os constituintes em Weimar, o Presidente teria sido idealizado como uma espécie de ponto de equilíbrio da nação, bem próximo a um poder moderador - em resposta ao sempre presente temor de esfacelamento da unidade nacional - pelo que se poderia enxergar na sua figura um poder neutro, intermediário, regulador e defensor.³⁵³

Combinando-se sua construção teórica com a realidade vivida nas décadas de 1920 e 30 pela Alemanha, não foi difícil para Schmitt entregar ao Presidente do Reich o papel de guardião da Constituição, apresentando-o como um substituto natural de um Parlamento incapaz de defender a si mesmo. Sempre sob o argumento da manutenção da unidade e exaltando o esfacelamento interno do Legislativo, com naturalidade sustentava Schmitt:

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante.³⁵⁴

E não se pense, com isso, que Schmitt vislumbrava no Presidente um déspota, ao contrário. O Presidente se identifica com o povo e pode, assim, materializar suas vontades de forma unitária, diferentemente do Parlamento, que exprime uma vontade dividida entre os diversos e conflitantes interesses defendidos pelos partidos.³⁵⁵ Assim é que, pela sua concepção de democracia, o Presidente teria plenas condições de, falando em nome do povo que nele votou, interferir nas instâncias legislativas, pois “(...) a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política.”³⁵⁶

³⁵³ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 202-203.

³⁵⁴ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 232.

³⁵⁵ HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 213.

³⁵⁶ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 234.

Em outras palavras, apenas a ditadura, onde o poder se concentra em uma figura capaz de se identificar com todo o povo, unindo-o em sua diversidade, torna viável, nas sociedades de massa, a democracia. É claro que, para este autor, democracia “(...) teria esse sentido invertido, esse sinal invertido”, pois seu modelo de governante se legitima na medida em que consegue constituir uma unidade em torno de si e guiar as massas, manipulando-as abertamente.³⁵⁷ De novo o povo, sempre o povo, é lembrado como causa e justificativa para sua própria dominação...

Concluir esta apresentação de Schmitt afirmando ser o autor um teórico do totalitarismo é algo que beira o lugar comum. Interessante é notar que, embora Kelsen seja apresentado correntemente como contraponto a Schmitt, em um embate entre teorias constitucionais democrática e totalitária, em verdade suas idéias são concebidas a partir de um horizonte razoavelmente parecido. Tal qual seu antagonista alemão, Kelsen também invoca a força do povo para embasar suas teses, as quais igualmente caminham, na medida em que erige seu sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, no sentido de excluir toda possibilidade de intervenção popular nesta delicada tarefa de afirmar os sentidos da Constituição. Assim é que parece recomendável alguma prudência na sua leitura, como se busca elucidar nas linhas seguintes.

Em seus escritos que antecedem e sucedem a obra de Schmitt sobre o Guardião da Constituição, Kelsen reafirma os fundamentos de sua defesa do controle jurisdicional de constitucionalidade, realizado por uma Corte especializada situada além dos limites dos poderes instituídos. Antes, porém, de tratar deste órgão, convém destacar um dos pontos fundamentais para o desenvolvimento de seu raciocínio: o seu conceito de *Constituição normativa*.

³⁵⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001. p. 13.

Para o autor vienense, a legitimidade desta reside não em uma manifestação da capacidade criadora popular, mas em sua conformidade com uma *norma fundamental*, espécie de norma *pressuposta* (uma norma pensada, um ato de vontade imaginário) que estabelece o dever de obedecer à Constituição - sem, contudo, tratar de seu conteúdo - e que, se fosse escrita, diria algo como: *devemos nos comportar de acordo com o que prescreve a Constituição*. Esta norma fundamental pode ser identificada no direito consuetudinário ou em uma primeira Constituição, da qual se originou o Estado, e garante a validade de todo o conjunto de normas positivas.³⁵⁸

Constituição, para Kelsen, não representa o momento fundador da nação ou, menos ainda, o símbolo de sua unidade,³⁵⁹ mas a afirmação do fundamento normativo de todo poder estatal, que se legitima na medida em que se reconduz às normas constitucionais.³⁶⁰ Sendo assim, a defesa deste diploma normativo pode ser circunscrita à tarefa de garantir que seus comandos resembram obedecidos, o que é uma atividade de aplicação do Direito (e muito pouco de criação), que nem de longe se reveste do papel político desempenhado pelo guardião de Schmitt.

Neste turno, é possível afirmar que as teses dos autores aqui contemplados, em sua essência, *não conflitam*, visto que Schmitt *não* recusava aos tribunais a capacidade de verificar a conformidade de leis ao texto constitucional, embora afirmasse ser esta atividade insuficiente para assegurar a integridade da (sua idéia de) Constituição.³⁶¹ Assim, o que Kelsen chama de *Constituição*, identifica-se com a *lei constitucional* de Schmitt; e o momento fundador da unidade nacional, que Schmitt vislumbra na Constituição, Kelsen reduz a uma

³⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168-171.

³⁵⁹ A Constituição, em Kelsen, é o fundamento jurídico do Estado, a norma que regula a elaboração das leis, fixa os limites de autoridade dos órgãos estatais, firmando-lhes as competências, além de, eventualmente, poder incorporar - caso seja compreendida em um sentido mais amplo - direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, com o que traça princípios, diretrizes e limites para o conteúdo das leis futuras. KELSEN. *La garanzia giurisdizionale de la costituzione*. *Op. cit.*, p. 152-153.

³⁶⁰ FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 154-155.

³⁶¹ SCHMITT. *O Guardião da Constituição*. *Op. cit.*, p. 31-32. Esta questão terminológica também é abordada por HERRERA. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*. *Op. cit.*, p. 215.

experiência histórica da qual não depende a continuidade da nação e, conseqüentemente, não demanda proteção especial. É possível especular, portanto, que o embate assume ares de conflito muito por conta do fato de ambos conferirem a termos semelhantes sentidos por vezes verdadeiramente opostos.

Prosseguindo na apreciação dos fundamentos de Kelsen, verifica-se que ele igualmente se ocupa de refutar as alternativas que na época se colocavam com o intuito de assegurar a integridade e a primazia da Constituição (e o faz de uma maneira bastante objetiva), com o que robustece o processo de desconstrução dos mitos que ainda circundavam o controle de constitucionalidade.

Sobre o Parlamento, embora reconheça neste indubitável primazia, figurando como instância de mediação social por excelência,³⁶² sustenta ser pouco crível que se disponha a, voluntariamente, invalidar os próprios atos, mesmo que seja a isso compelido por algum outro órgão. Se a decisão final fosse entregue ao Legislativo, a defesa constitucional certamente restaria inócua: “E sarebbe una ingenuità politica ritenere che annullerebbe una legge da eso votata per il fatto che un altro organo l’ha dichiarata incostituzionale.”³⁶³

Da mesma forma, inútil se mostra outorgar tal prerrogativa ao governo, seja porque no sistema parlamentar compõe braço do Legislativo, seja porque constitui órgão igualmente político. Desta maneira, como a elaboração de leis se dá através de um processo político, entregar o poder de afirmar sua invalidade a um órgão de feições políticas implicaria em inevitável conflito de escolhas e opções. Afinal, nesta medida, ter-se-ia inevitável entrega de funções semelhantes - analisar a pertinência de se formular uma norma, sob um ponto de vista da liberdade de conformação do sistema legislativo - a órgãos diversos que, sob a ótica da repartição de poderes estatais, deveriam se situar em posição equidistante, evitando

³⁶² FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 157.

³⁶³ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 171.

interferências na esfera de discricionariedade a cada um reconhecida.³⁶⁴ Ademais, refutando qualquer forma de exaltação do *princípio monárquico*, preferia Kelsen evitar maior concentração de poderes no rei ou em outras figuras equivalentes.

Resta, então, mais uma vez, o Poder Judiciário e os modelos norte-americano e alemão de controle difuso. E também para Kelsen se coloca o problema do juízo político dos juízes. Como Schmitt, Kelsen se preocupa com a excessiva liberdade avocada pelos juízes adeptos da Escola do Direito Livre e sua reação antiformalista, reconhecendo a si mesmos o papel de legítimos intermediários entre o direito e a consciência popular.³⁶⁵ Independentemente deste problema concreto, ainda uma outra questão perseguia o autor austríaco em suas ilações: segundo sua concepção teórica acerca do Direito, a tarefa de aplicação legislativa operada pela jurisdição possui, inevitavelmente, um lado criativo e, portanto, político, que implica na realização de escolhas por parte dos julgadores.

É certo que, enquanto a atuação legislativa envolve um juízo eminentemente político, onde escolhas podem ser feitas de maneira bastante livre, a jurisdicional circunscreve-se a colocar em prática as opções materializadas pelo órgão legitimado constitucionalmente a fazê-las. Assim, se o Parlamento é subordinado à Constituição, os órgãos jurisdicionais o são a todo sistema legal, posto que não lhes cabe interpelar as escolhas do primeiro, sempre que feitas dentro dos limites delineados constitucionalmente.³⁶⁶ Contudo, mesmo não lhes sendo possível questionar as opções legislativas, no momento em que se propõem a aplicar as normas gerais aos casos que se lhes apresentam, construindo, assim, normas especiais por um processo de subsunção, colocam em prática, em certa medida, a função criadora do direito, realizando uma eleição política.³⁶⁷

³⁶⁴ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 171-172.

³⁶⁵ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 90.

³⁶⁶ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 172.

³⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 279.

No julgamento das questões ordinárias isso é tolerável, porquanto ínsito ao próprio sistema jurídico. Porém, na medida em que se entregue aos juízes a possibilidade de invalidar leis elaboradas pelo Parlamento, este papel político poderia alcançar níveis intoleráveis, colocando em confronto as duas instâncias estatais e escancarando a falta de representatividade social dos órgãos judiciários. Daí vem a idéia de um órgão jurisdicional externo a qualquer dos Poderes instituídos - embora fortemente ligado ao Legislativo - com o que se pode configurar como apolítico, posto que absolutamente desinteressado no jogo de forças que naturalmente envolve as funções estatais típicas.³⁶⁸ Nesta posição, a Corte poderia funcionar como um ponto de equilíbrio entre os Poderes, conciliando as divergências que pudessem surgir em razão da necessidade de se aplicar a Constituição, em uma atuação muito próxima à de um *poder moderador* (exatamente como Schmitt gostaria que atuasse seu *guardião*).³⁶⁹

Porém, a simples organização administrativa de uma Corte especial não seria capaz, por si só, de garantir a validade de suas decisões. Antes de mais nada, seria preciso enxergar no juiz constitucional um terceiro imparcial e desinteressado, ao qual é dado verificar tão somente a possibilidade lógica de coexistência entre leis e Constituição, dois produtos normativos acabados. Sua função limitar-se-ia a realizar um juízo de compatibilidade das normas com a Constituição, e não de adequação daquelas com a realidade social ou com critérios de justiça: “Tutte le considerazioni politiche che dominano il problema della

³⁶⁸ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 174. SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 93.

³⁶⁹ Sobre o poder moderador, afirmava Constant que este constitui uma força que “(...) tem de estar fora, tem de ser neutra, de certo modo, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário aplicá-la e para que seja preservadora, reparadora, sem ser hostil.” CONSTANT. Princípios de Política. *Op. cit.*, p. 19. Postura, aliás, que se nota no papel conferido aos Chefes de Estado europeus, os quais freqüentemente assumem tarefas típicas de um poder neutro, figurando como um ponto de equilíbrio entre os demais poderes, com o que, em certa medida, cumpre tarefas que Constant pretendia conferir ao ‘poder real’ (que não necessariamente seria desempenhado por um rei).

formazione dell'organo legislativo non sono infatti in gioco quando si tratta dell'annullamento delle leggi.”³⁷⁰

Reduz-se, desta forma, a amplitude da atividade realizada pelo Tribunal, que se esgota na anulação das leis conflitantes com a Constituição, conflito que se verifica a partir de uma apreciação o mais possível isenta de juízos de valor ou de recurso a conceitos abertos e indeterminados: “(...) non è quindi impossibile che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l'annulli perchè è ingiusta (...) In tal caso però il potere del tribunale dovrebbe essere considerato semplicemente intollerabile.”³⁷¹

Isto porque, segundo explica Kelsen, a invalidação de uma lei decorre essencialmente de uma tarefa de aplicação do próprio texto constitucional, não havendo que se falar, portanto, em atividade criadora (e, conseqüentemente, aberta à discricionariedade legislativa), mas de simples aplicação.³⁷² E graças à idéia de que a Constituição não representa um ato de vontade popular, mas uma norma estruturadora do Estado, fica fácil defender que as leis, igualmente, não trazem em si quaisquer resquícios de uma pretensa manifestação volitiva da sociedade. Logo, sua invalidação não afeta, de forma alguma, interesses sociais, ao contrário.³⁷³

A estrutura assim concebida permitiria ao juiz constitucional manter o devido distanciamento dos órgãos políticos; limitar sua atividade cognitiva, reduzindo-a a um juízo de compatibilidade lógica e avaliativa entre lei e Constituição; e garantir força vinculante a suas decisões, que não ficam sujeitas ao crivo político de seus destinatários.³⁷⁴ Reduz-se,

³⁷⁰ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 174.

³⁷¹ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 199.

³⁷² Lembre-se que, para Kelsen, Constituição é uma regra que dita os procedimentos estatais, especialmente acerca da elaboração normativa, e, ao mesmo tempo, pode trazer regras de conteúdo. Sendo assim, uma lei pode ser inconstitucional por violar qualquer destes planos. Há que se ressaltar, contudo, que o autor sustenta não haver violação ao conteúdo possível de uma lei quando esta se reveste da forma de *lei constitucional*, momento em que o óbice inscrito no texto maior desapareceria. Conseqüentemente, a inconstitucionalidade por vício material somente ocorreria quando a lei não se revestisse da forma de lei constitucional, o que reduz a questão a um problema de *forma*, e não de conteúdo. Logo, o controle de realiza apenas sobre aspectos formais da atividade legislativa. KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 154. KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado. Op. cit.*, p. 374-375.

³⁷³ FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 158.

³⁷⁴ SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 95.

definitivamente, a atividade jurisdicional desenvolvida pela Corte especializada ao papel de um *legislador negativo*, ao qual é dado apenas desconstituir aquilo que ultrapasse os limites formalmente traçados pela Constituição, limites que devem ser objetivamente identificados, posto que não cabe a seus juízes apreciar, valorativamente, os sentidos possíveis ao texto constitucional.³⁷⁵

Conseqüência relevante deste sistema reside na valorização do Parlamento, cuja supremacia se vê reconhecida. Se no sistema norte-americano o Legislativo é visto, desde o início, como ameaça a ser controlada, o arquétipo kelseniano representa um ato de desconfiança face aos juízes e uma maneira de negar força aos governos, em especial aos monarcas constitucionais.³⁷⁶ Esta ilação, aliás, coaduna-se perfeitamente com a defesa que Kelsen faz dos Parlamntos, apresentados como instâncias de mediação democráticas por excelência. Segundo o seu conceito claramente liberal de democracia, apenas mediante a devida representação pelos partidos políticos conseguiria o povo exprimir sua vontade, garantindo, assim, a definitiva ascensão do proletariado, donde o Legislativo se colocaria como espaço para exercício de sua participação democrática.³⁷⁷

Contudo, é curioso notar que, enquanto defende um modelo de democracia aberto à plena representação social parlamentar, por cujo intermédio poderiam as classes operárias encontrar espaço no cenário político, Kelsen fecha o acesso à jurisdição constitucional, apenas facultando a provocação, em seu delineamento inicial, aos governos federal e locais.³⁷⁸ Ao mesmo tempo, sustenta enfaticamente a natureza contramajoritária do controle de constitucionalidade, apresentando-o como imprescindível instrumento para defesa dos grupos

³⁷⁵ Papel que, mesmo mitigado, Kelsen entende como sendo de natureza *legislativa*, numa espécie de repartição de atribuições com o Poder Legislativo que deixa para o Tribunal Constitucional a tarefa de anular leis, mas nunca criar normas gerais. KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. *Op. cit.*, p. 389.

³⁷⁶ SANCHÍS. *Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley*. *Op. cit.*, p. 100.

³⁷⁷ FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 157.

³⁷⁸ Em verdade, o modelo austríaco parece nascer com o propósito único de permitir o controle recíproco entre poderes central e regionais, talvez numa tentativa de equilíbrio do sistema federalista, posto que apenas seus governos eram legitimados a provocar o controle da constitucionalidade das leis uns dos outros, ou seja, o governo central somente podia questionar a validade de leis regionais e os regionais, de leis federais.

politicamente minoritários contra as forças legislativas dominantes, e o faz afirmando que a lei capaz de vulnerar os interesses das minorias atenta contra o pluralismo e coloca em xeque o equilíbrio que a Constituição busca promover.³⁷⁹

Neste cenário, não teria Kelsen vislumbrado o concreto risco de o Parlamento acabar dominado pelo proletariado e, em resposta, concebido um modelo capaz de permitir o absoluto controle destes grupos sempre que se mostrassem opostos ao projeto de poder da burguesia? Afinal, exatamente como Schmitt, Kelsen defendia o Estado forte, centralizador, como mais eficiente meio para barrar a ameaça socialista que vinha de leste, sendo preocupação comum a ambos o controle das reivindicações do proletariado.³⁸⁰ Neste turno, permite-se ler de forma um pouco diversa sua defesa quanto a residir, a essência da democracia, “(...) non già nell’onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento (...)”.³⁸¹

Semelhantes elementos autorizam uma compreensão um tanto diversa da amplitude conferida à democracia no pensamento kelseniano. Em verdade, a forma como estrutura seu modelo de controle de constitucionalidade faz deste não apenas um instrumento limitador do poder dos juízes, mas antes uma forma de submissão das massas. Em outras palavras, seu objetivo não parece ser, propriamente, afastar a Constituição das mãos dos juízes ordinários, mas preservá-la ante os grupos sociais, evitando que estes consigam levar suas reivindicações diretamente ao Judiciário ou outro órgão estatal. Assim, os intermediários impostos afastam a população de mais esse núcleo de poder: a Corte Constitucional.

Daí que, nas insistentes referências que faz à proteção dos interesses das minorias, seria possível identificar uma preocupação não em salvaguardar as pretensões de grupos

³⁷⁹ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 152. FIORAVANTI. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. *Op. cit.*, p. 157.

³⁸⁰ HERRERA. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Op. cit.*, p. 223-225. Um outro elemento que pode indicar sua veia autoritária e compõe a base da teoria jurídica kelseniana é o reconhecimento da força normativa a todas as decisões políticas que se revestissem com um manto de validade, importando pouco o seu conteúdo, com o que claramente são fortalecidas as instâncias de poder.

³⁸¹ KELSEN. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. *Op. cit.*, p. 202.

politicamente minoritários, mas quantitativamente inferiores e incapazes de impor sua vontade em um Parlamento que reflita a verdadeira composição social. Sob este prisma, Kelsen e Schmitt se aproximam: ambos querem fortalecer os mecanismos estatais para controle das massas (especialmente o proletariado que, animado pelo sucesso da Revolução Russa de 1917, vislumbrava na alternativa socialista a saída para a realidade de submissão em que se encontrava), minimizando os espaços de debate público.

3.2.2. O cenário europeu do pós-guerra

Orbitavam os sistemas jurídicos e a Teoria Constitucional ainda em torno desta celeuma quando eclodiu a Segunda Guerra Mundial, de sorte que, encerrado o conflito, as alternativas construídas por Hans Kelsen e Carl Schmitt figuram entre as opções que se apresentam no instante de reconstruir as nações devastadas. É um período em que abertamente se põe a necessidade de restaurar a democracia, rompendo com as alternativas totalitárias e com os resquícios de concentração de poderes em governantes, eleitos pelos homens, por Deus ou por qualquer outra pessoa. Era preciso colocar por terra as lições de Schmitt, autor de tão forte vínculo com o regime nazista (uma ruptura mais no plano formal do que na prática, posto que muitas de suas construções teóricas se mantiveram vivas).

Junto com isto vem a certeza de não mais se sustentar a antiga crença na capacidade irrestrita de representação parlamentar, na fé de que sua atuação em nome dos interesses das maiorias necessariamente aponta as nações para o melhor caminho. Era preciso reafirmar a força das Constituições e sua capacidade de funcionar como instância para promoção da democracia, salvaguardando direitos de todos, maiorias e minorias, diferentes e iguais, aqueles mesmos direitos que se viram tão duramente negados durante a Guerra. Era

imprescindível garantir que as Constituições não seriam tão facilmente burladas, que suas promessas não restariam vazias.³⁸²

A proteção constitucional pela via da jurisdição concentrada em tribunais especializados é a alternativa escolhida pelos países europeus, opção que se inicia na Itália, em 1948, por influência de Piero Calamandrei, e, gradualmente, se espalha pelo continente (convém lembrar que, após um primeiro momento vivido na sequência do término da Segunda Guerra, vieram as experiências de Portugal e Espanha, na década de 1970 e, posteriormente, um segundo surto de criação de novas Cortes, ocorrido nos anos que se seguiram a 1989, na esteira da redemocratização do leste europeu).

Isso não quer dizer, contudo, que Kelsen tenha vencido o embate. Embora os Tribunais Constitucionais passem a povoar a Europa do pós-guerra, a inspiração kelseniana ficou restrita à aparência, com suas características próprias de poder moderador. Além da estrutura funcional e, em alguns aspectos, a forma de provocação, os Tribunais Constitucionais se afastaram bastante do ideal vislumbrado por Kelsen e, finalmente, admitiram incorporar elementos típicos do *judicial review* norte-americano: “(...) los actuales Tribunales Constitucionales de justicia ‘concentrada’ conservan del modelo kelseniano solo eso, el ser ‘concentrados’, pues en su actuación se aproximan cada vez más al modelo de la *judicial review*.”³⁸³ O *legislador negativo* kelseniano cedeu lugar para o reconhecimento da supremacia normativa da Constituição, numa fórmula que buscou tornar possível a convivência deste referencial teórico com a concentração de poderes em uma única Corte, o que autores europeus de hoje enxergam como um aperfeiçoamento da construção norte-americana.³⁸⁴

³⁸² HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional. *Op. cit.*, p. 158.

³⁸³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 165. Também SANCHÍS. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. *Op. cit.*, p. 100.

³⁸⁴ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma...* *Op. cit.*, p. 142-143.

Semelhante opção, naturalmente, se assenta em uma forte justificativa: esta reside na nova compreensão outorgada ao constitucionalismo pela teoria européia, que se aproxima da idéia de Constituição desde sempre vigente nos Estados Unidos, na vertente em que nesta se reconhece o receptáculo das garantias básicas dos cidadãos e fonte justificadora do poder político. O controle do poder estatal reafirma-se como prioridade, ao que se junta a certeza de que condições para a coexistência de grupos politicamente majoritários e minoritários precisam se fazer presentes. Os direitos fundamentais são concebidos como intransponíveis barreiras aos governantes e a participação democrática se coloca como elemento essencial para conferir legitimidade a qualquer ato estatal. Há que se considerar, ainda, como decisivo a assunção de um diferente conceito de democracia, inclusivo e pluralista, que não aceita o uso da jurisdição constitucional como instrumento de exclusão, como pretenderam Kelsen e Schmitt.

A função almejada para a jurisdição constitucional, igualmente, reveste-se de novas características, precisando dar conta de garantir a inserção de todos os indivíduos em uma sociedade plural, permitindo-lhes participar efetivamente no cenário político estatal. Deve, ainda, moldar-se às exigências por defesa e efetivação de direitos fundamentais, alçados a elementos centrais e fonte principal de legitimidade dos sistemas jurídicos,³⁸⁵ com o que entra em cena algo que Schmitt um dia repudiou: o reconhecimento dos direitos constitucionais como uma barreira para o poder estatal.

Assim é que, ao longo da segunda metade do Século XX, gradualmente se passa a esperar dos Tribunais Constitucionais que contribuam decisivamente na “(...) fundación y consolidación de la Constitución en un sentido profundo”, como já defendia Rudolf Smend no final dos anos 1950.³⁸⁶ E, na medida em que semelhantes exigências transformam-se em

³⁸⁵ HÄBERLE, Peter. La Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional. *Op. cit.*, p. 160.

³⁸⁶ SMEND, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. *in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el*

realidade, *os juizes constitucionais europeus passam a desempenhar um papel político tão ou mais intenso que seus colegas norte-americanos*, o que, embora não deixe de receber críticas dados os inevitáveis excessos, é decisivo no processo de ressignificação constitucional e sua reaproximação dos cidadãos.³⁸⁷

Um novo papel para os julgadores é reconhecido, de modo que se começa a conseguir vislumbrar nas instâncias jurisdicionais um canal comunicativo por cujo intermédio reivindicações sociais podem ser expressas. Maior proximidade entre Judiciário e cidadãos, neste quadro, se coloca como dado imprescindível ao acontecer de um constitucionalismo democrático, reconhecendo àquele um enfático papel na tarefa de dar vida e atualidade às Constituições.

A positivação em larga escala dos preceitos morais que as sociedades reputam sujeitos a risco,³⁸⁸ por seu turno, produziu um fenômeno que muitos ainda tentam compreender adequadamente: a completa juridicização da vida. É um dado da contemporaneidade que os sistemas jurídicos, ao submeterem praticamente todos os atos da vida humana ao crivo da ordem normativa constitucional, produzem densa névoa que dificulta sobremaneira a percepção dos limites anteriormente claros entre os espaços sociais, políticos e econômicos. Excessivo ou não, fato é que restam poucos ambientes imunes à incidência de algum dispositivo constitucional definidor de direitos fundamentais.

Uma conseqüência deste processo - que transforma qualquer fato ou problema da vida em matéria jurídica - é o incremento do papel desempenhado pelo Poder Judiciário e sua aproximação da sociedade. Já que é sua atribuição básica aplicar as normas jurídicas, resolvendo as controvérsias, assumir em definitivo o papel de guardião dos interesses públicos é quase uma decorrência lógica. E, no cenário do constitucionalismo atual, sua relevância

Tribunal Constitucional Federal Alemán. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 52.

³⁸⁷ ROSENFELD. Constitutional adjudication in Europe and the United States. *Op. cit.*, p. 636.

³⁸⁸ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 170.

ainda mais se avulta, afinal, com a constitucionalização de vastas pautas de direitos, transformando em normas jurídicas do mais alto quilate os valores morais sociais, dificilmente o deslinde de um conflito pode prescindir de fundamento constitucional.

As Constituições se apresentam, neste turno, como a fonte por excelência de validade para toda a ordem jurídica. Porém, mais que uma fonte formal, como tradicionalmente afirmado, assumem também o papel de fundamento material de legitimidade para todo o sistema normativo estatal. Daí que, segundo Ferrajoli, “(...) la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales.”³⁸⁹

Isso transforma a pauta de direitos constitucionais no referencial primeiro para compreender e interpretar as demais regras jurídicas, o que avulta a importância de todos que, de alguma forma, tomam parte no processo de aplicação do Direito. Assim é que a alguns atores sociais - especialmente aqueles dotados de autoridade para impor, coercitivamente, seus pontos de vista - é entregue, com maior ênfase, a tarefa de construir as pontes que permitem às Constituições ingressar definitivamente no dia-a-dia das sociedades. Daí ser possível concluir que toda atividade de aplicação do Direito é também, em algum grau, uma oportunidade para permitir a manifestação da normativa constitucional. Essa é a idéia que Pablo Pérez Tremps sintetiza ao afirmar:

Todos los órganos jurisdiccionales deben ejecutar, pues, la misión de garantizar la Constitución, ya que la función jurisdiccional no es otra que la de asegurar la primacía del Derecho, y la Constitución no sólo es Derecho, sino el fundamento formal y material de éste dentro del Estado.³⁹⁰

Interpretar e aplicar normas constitucionais deixa de ser uma tarefa exclusiva das Cortes especializadas, passando a compor a atividade cotidiana de juízes e demais partícipes do cenário político e jurisdicional, na medida em que as Constituições a todos se abrem, *com*

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 71.

³⁹⁰ TREMP, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 121.

o que se aproximam definitivamente os modelos europeu e norte-americano de justiça constitucional. Isso se dá, como dito, no instante em que passam a ser concebidas como o receptáculo dos valores sociais fundamentais e estes, uma vez positivados, adquirem força normativa absoluta e a capacidade de diretamente reger fatos da vida.³⁹¹ Esta realidade, por certo, chocaria Kelsen e todos que, como ele, criam e crêem em uma separação estrita entre jurisdição comum e constitucional.

Essa transformação somente causa espanto, contudo, àqueles que insistem em compreender a jurisdição constitucional sob o prisma estruturado no primeiro século do constitucionalismo. *É certo que, em sua origem, restringia-se a um instrumento para garantir a integridade do texto constitucional, impedindo que sua autoridade fosse abalada por atos dos detentores do poder. Atualmente, porém, em muito suplanta este aspecto, configurando-se como um espaço por cujo intermédio podem vir a lume as potencialidades transformadoras das Constituições, permitindo a definitiva aproximação entre estas e os cidadãos.*

Este movimento é decisivo para reformular os fundamentos sobre os quais se assenta a jurisdição constitucional, revestindo-a de uma legitimidade democrática desconhecida em seus momentos iniciais. Quando compreendida como uma instância à qual tão somente é dado invalidar leis, facilmente se consegue imputar-lhe a pecha de usurpadora da autonomia social. Afinal, mais do que razoável questionar a capacidade de um punhado de homens rever e revogar decisões de um Legislativo que, ao menos de forma aparente, representa a vontade democrática das maiorias.³⁹²

Por outro lado, uma vez que se reconheça à atuação jurisdicional a capacidade de aproximar a Constituição do povo, permitindo sua participação ativa na vida social, esta pode se apresentar como excelente instrumento a favor da democracia. Isto porque, por intermédio

³⁹¹ COMELLA, Victor Ferreres. *Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial.* Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Disponível em <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf> Acesso em 07 fev. 2008.

³⁹² HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 157.

de uma atividade construtiva, é capaz de atualizar os conteúdos que podem ser formulados a partir do texto constitucional de modo que estes melhor se adaptem às necessidades de variados grupos, facilitando a conciliação dos interesses divergentes e contribuindo para que o respeito aos diferentes direitos se converta em uma realidade. Este papel tem sido assumido por algumas Cortes Constitucionais européias, notadamente aquelas de maior tradição como a alemã, a italiana e a espanhola, que têm aberto espaço para que a jurisdição constitucional alcance um novo patamar.

Semelhante atuação, contudo, demanda a revisão das possibilidades reconhecidas à jurisdição constitucional. O propósito do capítulo seguinte será, então, justificar teoricamente estas colocações, buscando demonstrar a plausibilidade da tese ora enunciada, qual seja, da necessidade de a jurisdição constitucional ser entregue difusamente a juízes ordinários, que, por seu turno, precisam estar abertos às reivindicações sociais, colocando-se como instrumentos para o acontecer das Constituições.

4. A POTÊNCIA CRIADORA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

“La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos”.³⁹³ A frase de Ferrajoli espelha a crença generalizada no paralelo existente entre as diversas fases do constitucionalismo e o crescimento do sistema de proteção social plasmado nos direitos fundamentais, numa simbiose entre evolução teórica, social e política. Seu pensamento tem por fio condutor a certeza de que Direito e realidade social são elementos complementares e co-dependentes, sendo certo o relevante papel desempenhado pelas Constituições nas diversas fases da vida estatal dos últimos séculos. Papel que é sempre determinado por fatores humanos e políticos, em uma influência recíproca.

Dado ilustrativo do que se afirma pode ser encontrado na certeza que parece presente, em variados momentos, na consciência coletiva, a indicar que conquistas sociais alcançadas somente se consolidariam acaso inscritas em uma Constituição, o que de fato freqüentemente se cuidou de fazer.³⁹⁴ Esta íntima relação apresenta-se como importante fator para que as Constituições - mesmo em vários momentos questionadas e desafiadas - permanecessem vivas e adquirissem novo vigor, a ponto de, a partir de meados do Século XX, assumirem em definitivo o papel de instrumentos capazes de promover a transformação da

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 73.

³⁹⁴ Pedro de Vega, pensando na realidade da segunda metade do Século XX, faz comentário que se ajusta a este ponto: “Las ideas de libertad y democracia, siguen estando presentes en el espíritu humano, y aunque las Constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que se sigan redactando Constituciones y que, a pesar de los pesares, la Constitución no haya desaparecido definitivamente.” GARCÍA, Pedro de Vega. Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 7, enero/febrero 1979. p. 108.

sociedade e do Estado, consolidando-se como diplomas normativos dotados de natural autoridade.

Nos últimos sessenta anos, boa parte do mundo gradualmente foi envolvida pela certeza de que estas compõem o centro gravitacional dos ordenamentos jurídicos, fornecendo o espaço onde os principais direitos dos povos encontram resguardo e proteção, de sorte que, se um valor humano mostra-se realmente relevante, precisa constar no texto constitucional.

Ou, nas palavras de Mauro Cappelletti:

Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa - talvez impossível, talvez 'faustiana', mas profundamente humana - de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de 'definir', em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir - o *Absoluto*.³⁹⁵

A positivação em crescente escala de direitos fundamentais é reflexo do cuidado em se resguardar o pluralismo, valor que a teoria democrática contemporânea tem alçado a elemento basilar e que se tem tratado de inscrever em textos constitucionais, como no caso brasileiro. Conceber mecanismos capazes de viabilizar a convivência na diferença, com respeito às individualidades e limites aos egoísmos que, manifestados na esfera pública, poderiam inviabilizar a coexistência, é essencial para a construção de regimes verdadeiramente democráticos, lugares onde grupos politicamente majoritários e minoritários possam dialogar sem que o predomínio das vontades dos primeiros implique na aniquilação dos interesses destes últimos. Nesta medida, as Constituições contemporâneas apresentam-se como "(...) pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están llamadas a garantizar."³⁹⁶

A teoria democrática discursiva, ao se propor como um meio termo entre as vertentes liberal e republicana da democracia, sustenta a necessidade de o sistema jurídico

³⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 130.

³⁹⁶ FERRAJOLI. Sobre los Derechos Fundamentales. *Op. cit.*, p. 81.

constitucional contemplar procedimentos institucionais capazes de canalizar as reivindicações sociais. O uso destes é condição para pôr freios nos egoísmos individuais, permitindo a construção de consensos racionais em torno de vontades que possam ser atribuídas se não a todos, certamente a consistentes maiorias.

Neste cenário, imperativo se mostra o aparelhamento de instâncias procedimentais por meio das quais seja possível colocar em marcha este processo de aproximação entre sociedade e Constituição, a permitir o acontecer dos pactos de convivência erigidos nos textos constitucionais contemporâneos. Estas instâncias de mediação devem se fazer presentes tanto na esfera governamental quanto no substrato social e às Constituições cabe, com primazia, funcionar como espaço conciliador entre público e privado, garantindo a todos a possibilidade de participar no debate coletivo, dentro de limites que garantem a coexistência pacífica. Tais procedimentos, por certo, não se circunscrevem ao processo eleitoral. De fato, diversas outras arenas nas quais pode ocorrer a formação de vontades consensuais existem e, dentre elas, o Judiciário - especialmente quando se lança no exercício da jurisdição constitucional - se encontra.³⁹⁷

Como se nota a partir da análise feita por Habermas, as insuficiências das teses liberais sobre a democracia, no que pertine à justificação da autoridade constitucional, residem na dificuldade em se reconhecer no modelo representativo plena aptidão para formar uma vontade que reflita verdadeiramente os interesses coletivos.³⁹⁸ E esta é uma constatação que ultrapassa o plano conceitual e mergulha na prática eleitoral. De fato, os sistemas representativos modernos, pautados na forte atuação político partidária, vêm sofrendo, nos mais variados países, da mesma patologia: incapacidade de representação dos interesses populares.

³⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288-289.

³⁹⁸ HABERMAS. *Op. cit.*, p. 279.

Tanto as nações democraticamente avançadas quanto aquelas onde o engajamento social é tradicionalmente pequeno têm verificado que, em verdade, os Parlamentos e os governos muito pouco se preocupam em ouvir os reclamos populares, o que acaba por reduzir sobremaneira o interesse e a participação social nos atos da vida política.³⁹⁹ Este distanciamento se faz presente, em maior ou menor grau, tanto na vida cotidiana quanto em momentos marcantes como o processo constituinte.⁴⁰⁰

A isso se soma um dado típico do pluralismo político que se opõe ao pensamento republicano, que é a necessidade de acomodar no cenário legislativo vontades divergentes oriundas de grupos por vezes antagônicos, com o que rompe em definitivo a noção de uma vontade geral única formada entre homens iguais e acordos.⁴⁰¹ Esta constatação abre margem para a lógica liberal sustentar que as leis, ao não refletirem um sentimento dominante na sociedade, necessariamente passam a representar o produto de “(...) un pacto de intereses que está en relación con la capacidad política de cada partido para conseguir la mayoría parlamentaria y no con la racionalidad o irracionalidad de la medida legislativa.”⁴⁰²

É fato que a teoria discursiva da democracia, ao reconhecer o pluralismo como elemento fundamental a permear o sistema político e jurídico, coloca em xeque a idéia de consenso como expressão de uma vontade comum, formada na própria sociedade entre homens que só desejam o bem de todos. Isto não importa em afirmar, contudo, viver a sociedade à mercê de jogos políticos partidários, como se fosse impraticável construir

³⁹⁹ Apenas a título ilustrativo faz-se referência a artigo que retrata o problema da representação política na Itália do início de 2008 e alerta para os perigos aos regimes democráticos que a reduzida participação popular pode gerar: LANCHESTER, Fulco. La costituzione tra crisi di regime e recessione del principio della rappresentanza politica. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF_Output.cfm?dpath=document\editoriale&dfile=EDITORIALE%20LANC.pdf Acesso em 24 mar. 2008.

⁴⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 97-98.

⁴⁰¹ DENNINGER, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 28.

⁴⁰² CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 27.

qualquer consenso minimamente racional a partir do qual se legitimem os atos estatais. O que se sustenta, em verdade, é a impossibilidade de uma base comum de interesses ser formada espontaneamente dentro de uma sociedade plural, onde paixões egoísticas e antagônicas sempre se fazem presentes.⁴⁰³ Daí a defesa do recurso a procedimentos institucionalizados capazes de, controlando o uso público da razão, permitir o diálogo coletivo através do qual posições consensuais possam ser alcançadas.

No instante em que os direitos constitucionalizados finalmente se fazem presentes na vida das pessoas, de maneira a concretamente permitir a expressão de suas reivindicações, agrega-se aos textos constitucionais elemento substancial. Pode-se afirmar, assim, que a força e a autoridade das Constituições são o fruto de um *processo dinâmico*, que acontece sob os influxos da realidade social e se aperfeiçoa na medida em que seus comandos, chamados a resolver os problemas diários, mostram-se adequados. Aliás, apenas a partir das necessidades cotidianas é possível perceber a real importância e a dimensão que podem assumir os direitos fundamentais.⁴⁰⁴ Daí se afirmar não serem a legitimidade e a soberania constitucional dados prévios, mas conquistas que se materializam na proporção em que os direitos abstratamente previstos em seu texto se convertem em benefícios para a coletividade, permitindo a acomodação, na maior medida possível, dos mais variados desígnios.

O processo de permanente reafirmação da autoridade constitucional coloca-se em marcha e permite o alcance de resultados concretos quando as instâncias estatais abrem canais procedimentais eficazes, com o que se capacitam a acolher as variadas reivindicações sociais e oferecer respostas para os problemas atuais. Dentre as instâncias mediadoras que podem ser identificadas, a que ora se destaca é a justiça constitucional, a qual se coloca, no cenário do neoconstitucionalismo, como um espaço por meio do qual é possível construir consensos

⁴⁰³ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 284.

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 170.

entre os diferentes interesses e pontos de vista que caracterizam as sociedades plurais. Isto porque, a suas funções tradicionalmente consagradas, agrega-se o papel de garantir a defesa da pluralidade e heterogeneidade social “(...) contra as razoiras homogeneizadoras e os valores supostamente gerais”, com o que definitivamente se alarga o âmbito da atuação jurisdicional.⁴⁰⁵

O Judiciário, embora não pareça ser o ambiente ideal para receber e dar resposta às reivindicações sociais - pois a ele só se chega quando já instaurado um conflito, reflexo da negação ou da utilização patológica do Direito - apresenta-se como uma *alternativa possível* dentre os espaços institucionais. E a crescente demanda por maiores níveis de intervenção judicial indica o distanciamento das demais instâncias estatais⁴⁰⁶ - Legislativo e Executivo - e da própria sociedade - nos seus diversos modos de organização - face às reivindicações sociais por efetividade para seus direitos constitucionais fundamentais.

Assim, o desenvolvimento da jurisdição constitucional notado nos últimos anos,⁴⁰⁷ antes de indicar algo que possa ser interpretado como uma tentativa de usurpar força dos demais poderes instituídos, aponta no sentido da supressão de incapacidades típicas a estes. E o Poder que, em sua origem, parecia o mais distante dos homens, de repente se mostra como o mais próximo e acessível, aberto a receber largo espectro de queixas e reivindicações, seja de grupos organizados, seja de indivíduos agindo isoladamente. *Neste turno é que o Judiciário se apresenta, no cenário atual, como uma instância de mediação, um espaço por meio do qual*

⁴⁰⁵ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 187-188.

⁴⁰⁶ Bobbio é um dos vários a abordar este tema, destacando a dificuldade em se obter respostas aos reclamos sociais, especialmente ante a lentidão e a complexidade dos procedimentos que podem ser manejados diante de governos e parlamentos. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco A. Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 48.

⁴⁰⁷ A título ilustrativo, vale a referência ao texto do professor canadense Ran Hirschl que destaca a profunda transferência de poderes das instâncias representativas estatais para o Judiciário, movimento verificado com nitidez nas últimas décadas, muito como reflexo do reconhecimento de um novo modelo de constitucionalismo que judicializa as mais variadas nuances da vida política. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of the pure politics worldwide. *Fordham Law Review*. v. 75, n. 2, nov. 2006. Disponível em <http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf> Acesso em 04 mai. 2008. p. 721-754.

Estado e sociedade podem vir a dialogar, permitindo aos cidadãos dizerem o que esperam da sua Constituição.

4.1. O problema da legitimidade constitucional: como aproximar a Constituição do povo

Quando se diz que a legitimidade das Constituições não é um dado prévio, que às mesmas antecede, mas uma realidade construída ao longo de sua existência, é preciso enfrentar a questão acerca de como é possível realizar tal tarefa. A resposta sugerida para este problema passa pela compreensão do fenômeno hermenêutico, afinal, o que se sustenta é a necessidade de identificar não uma vontade que tenha sido manifestada no passado, mas o que a Constituição permite aos homens do presente querer e dizer. Afinal, como defende Zagrebelsky, “(...) la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir.”⁴⁰⁸

O processo hermenêutico, neste sentido, se coloca como um instrumento capaz de permitir que o texto constitucional seja lido com a linguagem do tempo em que se vive, concedendo aos indivíduos apreender os comandos constitucionais e, dentro de certos limites, deles se valer para expressar suas vontades. Esta postura permite que se busque permanentemente adequar o conteúdo material das Constituições à realidade que lhe é dado tutelar, resultado a que somente se chega, contudo, admitindo-se a possibilidade de adjudicar novos sentidos aos textos legislativos de forma a melhor atender às necessidades presentes em cada momento histórico.

Neste ponto, o recurso à hermenêutica de Hans-Georg Gadamer mostra-se pertinente, pois, para este autor, é uma premissa necessária admitir que textos não trazem em si mesmos sentidos pré-determinados. Em verdade, todo texto comporta diferentes compreensões,

⁴⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 88.

variáveis em função do contexto histórico e social no qual se encontre inserido o intérprete.⁴⁰⁹ Isto abre espaço para a permanente atualização dos sentidos que podem ser a partir deles construídos, negando-se, por conseguinte, que a norma jurídica seja vista como um fenômeno atemporal. Nesta medida é possível enxergar na interpretação uma atividade criadora, realizada com base nas possibilidades ofertadas pelo texto constitucional.⁴¹⁰

Este trabalho, contudo, somente é possível e capaz de surtir resultados adequados às pretensões sociais se o processo interpretativo reconstrutivo estiver aberto à efetiva participação da comunidade que vive a Constituição. Afinal, de outra forma, o resultado seria a definitiva apreensão do sistema jurídico por pessoas ou grupos politicamente hegemônicos ou - o que é tão ou mais grave - por quem circunstancialmente detenha o poder de interpretá-lo, moldando-o a seus próprios interesses.

Aproximar comunidade e Constituição não é tarefa simples, por certo, especialmente em lugares e momentos onde a participação social na vida política e sua capacidade de articulação não se apresentem muito desenvolvidas. Nesta medida é que se defende representar o processo judicial e as instâncias jurisdicionais ordinárias um eficiente canal para manifestação dos grupos humanos, apresentando-se o Judiciário como uma verdadeira instância de mediação social.

É claro que identificar o Judiciário como espaço primeiro para manifestação de anseios populares é conseqüência do reconhecimento de uma falha sistêmica que leva ao distanciamento entre sociedade e poderes políticos. Com Bobbio é possível perceber que isto se deve a vários fatores como a complexidade assumida pela máquina burocrática estatal, que substitui o protagonismo do cidadão pelo tecnocrata, ou a lentidão e a complexidade dos procedimentos, que dificultam o acesso dos indivíduos aos espaços públicos de debate.⁴¹¹

⁴⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio P. Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 478.

⁴¹⁰ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 50.

⁴¹¹ BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. *Op. cit.*, p. 46-48.

Dados semelhantes impõem aos cidadãos ampla capacidade organizacional como requisito para romper a distância que os afasta de governos e Parlamentos, o que não se coaduna com a noção discursiva de democracia.

Já o Poder Judiciário, embora historicamente visto como um espaço hermético e afastado da sociedade, detém uma característica que o diferencia das demais instâncias estatais e permite seu reconhecimento como um canal comunicativo por excelência: suas portas podem ser abertas individualmente. Em outras palavras, o acesso a seus procedimentos não demanda qualquer espécie de formação consensual prévia, o que permite às pessoas e grupos manifestarem-se isoladamente, pouco a pouco, até o ponto em que clara e inequívoca vontade possa ser identificada como resultado do diálogo que por meio deste canal institucional se estabelece.⁴¹²

Luis Prieto Sanchís corrobora esta tese, sustentando que é possível admitir no processo judicial uma forma de participação cidadã na produção do Direito, sendo evidentes as possibilidades que oferece a jurisdição constitucional “(...) para facilitar protección y, en definitiva, participación a grupos más o menos marginados del *political process*.” E mais ainda: “(...) puede servir también para que valores e intereses no protegidos por el legislador puedan penetrar en el sistema jurídico, propiciando con ello la integración social.”⁴¹³

Para que isso se realize, contudo, é imprescindível que este Poder se abra ao *diálogo* com a sociedade, aproximando-se em definitivo dos atores sociais, daqueles que vivem a Constituição e precisam que seus comandos sejam materializados. Desta maneira é possível romper as barreiras impostas pelas falhas sistêmicas da representação política e mesmo por resquícios de autoritarismo, grandemente responsáveis pelo distanciamento entre a Constituição e os cidadãos. Coloca-se o Judiciário, então, como um espaço por meio do qual pode ganhar voz o *sujeito constitucional*, expressão cunhada por Michel Rosenfeld para

⁴¹² HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 289.

⁴¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Bogotá: Temis, 2005. p. 244-245.

designar a comunidade dos titulares da Constituição, todos membros de uma coletividade que entre si dialoga e busca, pela via discursiva, solidificar o elo comum que lhes permite vivê-la e compartilhar seus benefícios.⁴¹⁴

A ativa participação do sujeito constitucional no processo hermenêutico aproxima sujeito e objeto, homem e Constituição, permitindo àquele influenciar na permanente atualização dos comandos nela inscritos. Este contato em muito contribui para conferir força e autoridade às Constituições, na medida em que facilita sua inserção na vida cotidiana, deixando de lado uma posição inerte e distante da realidade social para tomar parte na definição de seus rumos.

Esta idéia se afina com a noção trazida por autores liberais como Karl Loewenstein, que percebem as Constituições como *organismos vivos*, cuja principal tarefa é permitir que os homens possam usufruir um sistema protetivo que da melhor maneira se adapte às suas necessidades, moldando-se à realidade do presente.⁴¹⁵ Aceitar esta concepção implica em romper com a crença na capacidade de seu texto - como qualquer outro texto legislativo - antecipar o futuro, não lhe incumbindo, portanto, ditar os conteúdos do devir, mas, tão somente, oferecer um balizamento para que o direito à autodeterminação das gerações vindouras possa se expressar. Em verdade, uma das características da teoria neoconstitucionalista é a crença na abertura das Constituições para o futuro, pelo que constituem um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história, deixando aos que venham a seguir a tarefa de atualizar, nas palavras de Habermas, “(...) a

⁴¹⁴ Assim Rosenfeld identifica o *sujeito constitucional*: “Nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e pertencem a ele, mas o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick C. Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 40-41.

⁴¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. p. 164.

substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição.”⁴¹⁶

A *Constituição viva* identifica-se como uma combinação de normas rígidas e flexíveis por meio das quais se garante a abertura a compreensões cambiantes, ao mesmo tempo em que se busca firmar uma espinha dorsal em torno da qual permaneça o sistema jurídico atado (por exemplo, a defesa do pluralismo, da democracia ou do regime republicano). É uma maneira de conjugar conservação e renovação: mira-se o futuro, deixando em aberto a possibilidade de os comandos constitucionais serem atualizados pela via hermenêutica, ao mesmo tempo em que se forma uma estrutura enraizada no passado, em tradições e valores sociais. Neste sentido a afirmação de Zagrebelsky, para quem: “La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro.”⁴¹⁷

Esta forma de se compreender as Constituições coloca-se como contraponto às concepções *originalistas*, que buscam amarrar a interpretação constitucional ao resgate de uma vontade plasmada no passado, fechando a possibilidade de novas compreensões serem adjudicadas aos velhos textos. O argumento originalista se sustenta no temor de que a abertura ao novo, à criação interpretativa, pode gerar instabilidade. Desvincular totalmente as normas constitucionais de suas concepções originárias, nesta medida, acarretaria em dotar os intérpretes de excessiva discricionariedade, o que poderia levar à politização da hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional, colocando em cheque o equilíbrio entre os Poderes.⁴¹⁸

⁴¹⁶ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 165.

⁴¹⁷ ZAGREBELSKY. *Historia y Constitución. Op. cit.*, p. 91.

⁴¹⁸ ZAGRABELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 96.

É certo que vários alertas feitos por autores mais ou menos alinhados com este pensamento - bastante caro aos constitucionalistas norte-americanos, frise-se⁴¹⁹ - mostram-se pertinentes, não sendo possível fechar os olhos para excessos que pululam na atividade de algumas Cortes Constitucionais. Por outro lado, o simples encarceramento da atividade interpretativa em muros erigidos por um legislador histórico não é capaz, por si só, de garantir qualquer certeza ou segurança.

Em verdade, é difícil identificar, com absoluta precisão, dados prévios que permitam aferir qual a correta forma de se compreender uma Constituição (e diga-se o mesmo quanto a qualquer lei ordinária).⁴²⁰ Não se pode esquecer, ainda, que os processos constituintes têm sido marcados por acordos políticos firmados em âmbito partidário, onde dificilmente se consegue identificar uma manifestação de vontade popular clara ou mesmo a prevalência dos interesses de alguma corrente social. E, como lembra Balaguer Callejon, o resgate de uma vontade histórica fica ainda mais difícil quando se percebe que a Constituição é, “(...) al cabo, el resultado de un pacto de diferentes opciones políticas en el que los partidos transigen en fórmulas de dudosa claridad gramatical en pro de la misma transacción política, lo que dificulta inevitablemente la interpretación.”⁴²¹

Outro dado significativo diz respeito ao risco de o intérprete cometer um equívoco de julgamento, na esperança de ser fiel ao sentimento de um legislador histórico, dada a evidente dificuldade para que entre estes se estabeleça um vínculo comunicativo.⁴²² Assim, afirmar-se originalista mais parece uma tentativa de justificar no passado convicções atuais, algo como

⁴¹⁹ Veja-se, por exemplo, o texto de BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 132-145 e o por todos referido ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 14. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Posição oposta é sustentada por LEVINSON, Sanford. Law as literature. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999. p. 126-132.

⁴²⁰ ZAGREBELSKY. Jueces Constitucionales. *Op. cit.*, p. 97.

⁴²¹ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 60.

⁴²² CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 55-56.

transferir a responsabilidade pelas próprias escolhas para pessoas que, acaso identificadas, muito provavelmente já estariam mortas.

Embora não possuam, de ordinário, a capacidade de antecipar o futuro, as Constituições, como alicerce em torno do qual se estruturam os Estados e seus ordenamentos jurídicos, precisam ter ao menos uma pretensão de perenidade, devendo seus comandos mirar não apenas as gerações presentes, mas em igual medida as vindouras. Por outro lado, a simples imposição a estas últimas das escolhas de um grupo ou de seus representantes (supondo, seja pelo prisma liberal ou republicano, que a geração viva efetivamente manifestou suas vontades) parece algo pouco razoável e que tende a provocar a ruptura da ordem constitucional sempre que esta se mostre inadequada.

Neste turno, a flexibilidade é um mérito que precisa ser reconhecido e aplicado. Afinal, não custa lembrar, se a dureza do cristal, de um lado, lhe confere nobreza, de outro o torna muito pouco prático para as atividades cotidianas. E as Constituições devem ser feitas para serem usadas, e não para restarem imóveis em vitrines, contempladas a distância.

A maleabilidade das Constituições, contudo, não pode depender apenas de instrumentos legislativos reformadores para se fazer presente. De fato, rupturas e reformas reiteradas tendem, em verdade, a reduzir o respeito que a elas deve ser devotado, reduzindo-se-lhes, na prática, a leis como outras quaisquer que, acaso se contraponham aos interesses dominantes em dado momento, podem ser afastadas desde que se observe uma pequena cerimônia...⁴²³ A atuação jurisdicional, então, entra em cena e se apresenta como alternativa para permitir a plena expressão do processo interpretativo criativo, servindo como um espaço institucional de debates entre variados atores políticos e sociais capaz de ordenar e conduzir o diálogo que precisa se fazer presente para vivificar as Constituições e permitir a construção de vontades comuns.

⁴²³ ZAGREBELSKY. Jueces Constitucionales. *Op. cit.*, p. 99.

O que ora se afirma, em essência, não é algo novo ou radical. Em verdade, já nos anos 1970 Karl Loewenstein afirmava que, pelo fenômeno da *mutação constitucional*, seria possível adequar os sentidos dos textos constitucionais às cobranças do presente. Partia, para tanto, da premissa de que cada Constituição é um organismo vivo, “(...) siempre en movimiento como la vida misma (...)” e que, portanto, encontra-se sujeita aos influxos da realidade, a qual, por seu turno, não pode ser apreendida por intermédio de fórmulas fixas.⁴²⁴ Em verdade, o máximo que se pode pretender é firmar balizas com o intuito de evitar que o futuro seja algo demasiado fluido, mas jamais ditar previamente, por meio de normas jurídicas, como este deve obrigatoriamente parecer.

As inevitáveis acomodações das normas constitucionais à realidade social, por seu turno, podem se dar pela via das reformas ou da mutação constitucional. Ambas se colocam como alternativas legítimas para dar azo à necessidade de oferecer respostas aos reclamos das gerações presentes. A *reforma* é o resultado do processo de revisão do texto constitucional pelas instâncias legislativas, segundo procedimentos firmados previamente que visam a assegurar a rigidez das Constituições. Já a *mutação* é o produto de uma transformação na realidade social que produz reflexos na maneira como se compreende o texto legislativo, sem que este tenha sua redação formalmente alterada.⁴²⁵

Embora o autor não entre neste nível de análise, é possível notar que a mutação tem a vantagem de ser um caminho aberto à direta atuação popular, posto que acontece como uma resposta a reiteradas manifestações expressas por variados canais institucionais, com especial ênfase para a jurisdição constitucional.⁴²⁶ Desta forma, fica facilitada a atuação social, posto que, pelo processo judicial, se abre um eficaz espaço para cada cidadão,

⁴²⁴ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 164.

⁴²⁵ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 165.

⁴²⁶ Não se deve esquecer que, embora os órgãos que exercem a jurisdição constitucional sejam o principal espaço para discutir e materializar novas possibilidades interpretativas, a atividade hermenêutica não se encontra a eles restrita. Além de se fazer presente na vida privada, no instante em que alguém determina a outrem uma conduta ou orienta a própria vida conforme sua compreensão da normativa constitucional, também autoridades administrativas cotidianamente colocam em prática e impõem aos cidadãos suas próprias compreensões acerca das possibilidades hermenêuticas do texto constitucional.

individual ou coletivamente, reivindicar o tipo de tutela que necessite e, conseqüentemente, a maneira como entende e espera ver aplicado algum direito constitucional. E na medida em que se reiteram manifestações semelhantes torna-se possível colher, com poucas distorções, o verdadeiro sentido que se pretenda conferir à Constituição.

O sistema de reforma, contudo, não deixa de ter utilidade nem pode ser de todo substituído pela mutação constitucional. Afinal, além de ser uma maneira de o Poder Legislativo - ainda seu legítimo representante - oferecer respostas à sociedade, também se apresenta como um caminho para consolidar o processo de mutação, alterando-se o texto legislativo com o fim de melhor corresponder àquilo que a coletividade entenda como mais adequado ao tempo presente.

Há que se ter em mente, ainda e sempre, que a via jurisdicional somente se coloca como eficiente espaço para promover a mutação constitucional quando seus órgãos estejam suficientemente próximos à sociedade, pois, de outra forma, a resposta por estes oferecida não seria capaz de refletir o verdadeiro sentimento dos variados grupos populares. E quando se fala em proximidade deve se ter em mente sua vertente *objetiva*, no sentido de um efetivo acesso dos jurisdicionados ao processo judicial e ao Poder Judiciário, permitindo-se a todos propor suas demandas com mínimas restrições, e *subjetiva*, aqui compreendida como a disposição dos agentes públicos em dialogar com os partícipes do processo, abrindo-se a suas reivindicações e se dispondo a lhes oferecer uma resposta adequada.

Afinal, pouca utilidade haveria em se abrir canais de comunicação formais entre juízes e jurisdicionados se os primeiros insistissem em se escusar de compreender as necessidades dos segundos, fechando-se ao debate. As reivindicações sociais precisam encontrar espaços públicos institucionais onde possam ser manifestadas, criando-se canais de comunicação que permitam às mesmas chegar aos órgãos estatais, e o Judiciário pode cumprir o papel de instância de mediação social. Afinal, a ele já é entregue o papel de guardião

constitucional, *tarefa hoje não mais limitada à invalidação de normas jurídicas, mas ampliada até o ponto de se lhe conferir o dever de zelar pela concretização das promessas constitucionais*. Nesta medida é que, afirma Frederick Schauer, pode o Judiciário funcionar como um eficiente agente de mudanças sociais.⁴²⁷

4.2. Judiciário como instância de mediação social: o papel dos juízes ordinários

O reconhecimento do Judiciário como instância de mediação social pressupõe não apenas sua capacidade jurídica de agir como guardião constitucional, mas sua abertura a receber as mais variadas reivindicações populares, quer provenham de grupos politicamente organizados, quer de indivíduos agindo isoladamente. Neste turno, a idéia de instância mediadora explica-se como uma tentativa de aproximar Estado e cidadão, permitindo a este levar ao conhecimento do primeiro quais são seus problemas, que direitos fundamentais entende insuficientemente observados, quais os conflitos mais comuns, seja nas relações entre particulares, seja no trato com o próprio Estado.

A conjunção destes dados permite formular um diagnóstico bastante preciso da realidade social, as dificuldades vivenciadas cotidianamente pelas pessoas e a maneira como os direitos fundamentais constitucionais são considerados e influenciam as relações intersubjetivas. Também se torna possível identificar nítidos parâmetros para a interpretação do texto constitucional na medida em que variados atores sociais manifestam sua forma de compreendê-lo, permitindo construir uma base consensual acerca da maneira como esperam que venha a reger o tempo presente.

⁴²⁷ “Como un barco más pequeño, el Derecho puede maniobrar más rápidamente que el barco más grande de la sociedad en general, y este a menudo inadvertido fenómeno puede explicar mucho de cómo los tribunales pueden ser los agentes de un rápido cambio social.” SCHAUER, Frederick. La Categorización, en el Derecho y en el Mundo. Trad. Juan A. P. Lledó. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. v. 28, jan. 2005. p. 318.

Contudo, para que o Judiciário tome parte nesta tarefa, deve admitir que a Constituição faz parte da vida cotidiana e que aplicar suas normas às situações concretas é algo natural, e não excepcional. É preciso que seus agentes partilhem do que Konrad Hesse denomina *vontade de Constituição*, especialmente na parcela que diz respeito à “(...) consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.” Daí que o pleno desenvolvimento da força normativa da Constituição “(...) depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção (...) denominada vontade de constituição.”⁴²⁸

Mais ainda, é imprescindível que o Judiciário se assuma como um espaço político, cuja atividade possui efetivamente uma dimensão ideológica e subjetiva, o que certamente vai de encontro com a concepção primitiva do constitucionalismo.⁴²⁹ Este, em seu projeto originário, se propunha antes de tudo a controlar o poder e, para tanto, se valia de variadas estratégias, sendo uma delas a negação de um caráter político à atuação jurisdicional. Expurgar as decisões de conteúdo ideológico deveria contribuir para afastar a subjetividade das mesmas, conferindo, assim, maior segurança ao sistema, além de manietar os juízes, vistos como uma perigosa continuação do antigo regime. Uma consequência negativa desta tese foi distanciar julgadores e jurisdicionados, reduzindo as controvérsias a questões formais a serem resolvidas por um processo silogístico objetivo.

Quando se põe em marcha a rematerialização das Constituições, inscrevendo-se em seus textos vasta pauta de direitos fundamentais, todos dotados de força normativa e plena aplicabilidade, fica difícil sustentar que a aplicação das normas possa ser uma atividade objetiva e não ideológica. Mais ainda quando se percebe que aqueles direitos constituem o arcabouço moral social e que sua incidência nas mais variadas situações cotidianas é uma

⁴²⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20-21.

⁴²⁹ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. *Op. cit.*, p. 222-223.

realidade inafastável. Assim, da mesma maneira que a Constituição é um texto legislativo que reflete um conjunto de escolhas políticas, sua interpretação e aplicação, em qualquer instância - jurisdicional ou não - acaba por se revestir da mesma característica. Afinal, como já dito, a Constituição não mais se apresenta apenas como fonte formal do sistema jurídico, mas também e principalmente sua fonte material de validade.

E não se pode esquecer, ainda, o postulado básico da teoria discursiva da democracia, para a qual o fundamento de validade de qualquer ato estatal reside em uma escolha política que se deve pautar na razão prática. E esta, por seu turno, é fruto de um processo dialógico participativo, que se sustenta na atuação da sociedade por meio de procedimentos institucionalizados capazes de canalizar seus reclamos, levando para o espaço público os debates. Neste, então, consensos sociais racionalmente formados podem se apresentar, colocando-se como base de legitimidade para as escolhas interpretativas e decisões legislativas tomadas.⁴³⁰

De fato, o sistema de controle de constitucionalidade, no instante em que se assume como uma instância de mediação social, passa a encontrar fundamentos suficientes para abandonar seus limites tradicionais e adentrar em uma nova realidade, na qual modelos fechados que restringem o acesso do cidadão não podem prosperar. Como explica Sanchís, a normativa constitucional deixa de se encontrar enclausurada dentro dos confins que mantêm os órgãos estatais apartados da sociedade, deixa de ser um problema a interessar tão somente legisladores e Tribunais Constitucionais “(...) para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones.”⁴³¹

A Teoria do neoconstitucionalismo, escorando uma realidade social e politicamente construída, indica que os direitos constitucionais devem ser enxergados como normas que

⁴³⁰ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 286-287.

⁴³¹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 115.

fazem parte da ordem jurídica em seu conjunto e cuja virtualidade não pode se divorciar nem substantiva nem procedimentalmente do restante ordenamento.⁴³² Daí que o desempenho da tarefa de interpretar e aplicar a normativa constitucional pelos juízes ordinários se apresenta como uma contingência sistêmica, rompendo-se definitivamente com a crença na possibilidade de se concentrar em uma única Corte a capacidade de conhecer da Constituição.

O denso conteúdo material das Constituições, com suas vastas pautas de direitos fundamentais a permear as relações sociais, faz com que o controle difuso de constitucionalidade se apresente como uma forma indispensável de atuação da justiça constitucional. De outra forma, impossível seria garantir eficácia a semelhantes normas que se projetam não apenas sobre sujeitos estatais, mas também sobre os cidadãos, influenciando com igual intensidade a elaboração de leis e simples atos da vida privada.⁴³³ Impossível afirmar a jurisdição como um canal procedimental se este for restrito a um ou poucos órgãos, cujo alcance seja facultado a apenas um punhado de personagens do cenário político estatal.⁴³⁴

Assim se juntam os planos teórico e prático da ciência constitucional. De um lado, um modelo de Constituição que permite aplicar diretamente suas normas, impõe a compatibilidade material de todo ordenamento jurídico e concentra as condições para as práticas comunicativas na sociedade política;⁴³⁵ de outro, a necessidade de garantir que direitos fundamentais constitucionalizados adentrem, efetivamente, na vida dos cidadãos,

⁴³² SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 165.

⁴³³ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 139.

⁴³⁴ De fato, em algumas nações européias este movimento que defende uma crescente atuação interpretativa dos juízes ordinários vem ganhando corpo nas duas últimas décadas. Na Alemanha, onde a provocação do Tribunal Constitucional pode ser feita por qualquer juiz diante da necessidade de, em um caso concreto, decidir sobre a constitucionalidade das normas, estes são obrigados pela Corte a, antes de optar pelo envio da matéria à sua apreciação, esgotar todas as possibilidades interpretativas que permitam compatibilizar a norma com a Constituição. Na Itália e na Espanha situação semelhante acontece, sustentando os Tribunais Constitucionais destes países ser um dever dos juízes ordinários procederem a semelhante operação hermenêutica. Ao que acrescenta Carlos Blanco Morais: "(...) num sistema de fiscalização concentrada, a interpretação conforme pode, também, ser instrumentalizada como operação hermenêutica prévia e alternativa ao processo de controle de constitucionalidade, sempre que dela fizerem uso os tribunais comuns." MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 975.

⁴³⁵ HABERMAS. *O Estado Democrático de Direito. Op. cit.*, p. 167.

regendo suas relações pessoais e permitindo sua participação na vida pública;⁴³⁶ no meio disso, a jurisdição constitucional, espaço por cujo intermédio se podem aproximar concepções teóricas e necessidades práticas, cidadãos e Estado.

Mas isso não faz com que os Tribunais e Cortes Constitucionais se vejam alçados ao ponto mais alto da hierarquia estatal. Em verdade, a justiça constitucional de fato indispensável não é a destes Tribunais e sim a exercida pelos juízes ordinários. Isso porque, além de funcionarem como uma instância estatal nitidamente mais próxima do cidadão, são sempre dotados da capacidade de analisar as normas constitucionais à luz de problemas concretos, o que contribui decisivamente no processo interpretativo, pois permite fixar a compreensão mais adequada às necessidades presentes dos jurisdicionados. É neste sentido que aponta o pensamento de Sanchís:

Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, sólo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley.⁴³⁷

Uma dúvida que semelhante assertiva tende a suscitar diz respeito à capacidade dos juízes ordinários, no exercício da jurisdição constitucional, virem a afirmar a invalidade de alguma lei. Embora isto não seja propriamente uma dificuldade no sistema norte-americano de *judicial review*, revela-se algo problemático no cenário europeu e, em certa medida, também no Brasil.⁴³⁸

⁴³⁶ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 288.

⁴³⁷ SANCHÍS. *Justicia Constitucional...* *Op. cit.*, p. 170.

⁴³⁸ Não é de hoje que se discute a possibilidade de os juízes singulares, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, *declararem* a nulidade de uma lei, persistindo a certeza de que somente órgãos colegiados de Tribunais podem fazê-lo, cabendo aos primeiros simplesmente *afastar a aplicação* da norma viciada. Já afirmava Pedro Lessa, comentando o modelo judiciário erigido na Constituição de 1891, a impossibilidade de eventual vício de inconstitucionalidade ser *declarado*, advogando compreensão análoga àquela identificada no sistema norte-americano: “Ao julgar as ações fundadas em preceitos constitucionais, violados por leis ordinárias, não pode a justiça federal declarar nula a lei increpada. A jurisprudência norte-americana é bem conhecida: a Suprema Corte Federal (...) não julga jamais nula uma lei; apenas julga o feito, sem atender à lei inconstitucional, desprezando-a.” LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 138. Em tempos atuais, pode-se fazer a referência a Lenio Streck, que igualmente afirma: “Note-se: o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de uma lei; apenas deixa de aplicá-la, isto porque somente na

Embora este tema seja um tanto tormentoso, especialmente em países que não reconhecem expressamente a seus juízes o poder de analisar a constitucionalidade das leis, não deve se colocar como uma barreira ao que ora se defende. Isto porque *a principal tarefa que se entende deva ser assumida pelos julgadores reside no campo da hermenêutica*. Assim, não se espera que venham a apreciar se, em tese, uma norma é ou não compatível com a Constituição, mas que, diante de problemas concretos, de litígios, busquem identificar a compreensão que melhor permita colocar em prática os direitos abstratamente previstos no texto constitucional. *Seu papel, portanto, não é o de assinar a sentença de morte de qualquer lei, mas de dar vida à Constituição, interpretando e aplicando seus comandos de maneira a viabilizar o atendimento e a conciliação dos mais variados interesses sociais*.

Em verdade, a sistemática recusa em se admitir que os juízes ordinários possam interpretar e aplicar normas constitucionais é reflexo do apego a uma teoria que não se coaduna com a realidade do constitucionalismo contemporâneo. O modelo de jurisdição exclusivamente concentrada identifica-se com a idéia de que as Constituições seriam apenas uma fonte formal de validade para o sistema jurídico e não uma fonte material, da qual direitos concretamente considerados podem emergir.⁴³⁹ Sob esta ótica pode fazer sentido restringir o conhecimento de seus comandos a um órgão único, já que direitos constitucionais não afetariam a vida dos particulares. Por outro lado, na medida em que o processo de ressignificação constitucional entra em marcha, impregnando-se seu texto com valores fundamentais e outorgando-lhes a tarefa de reger concretamente o cotidiano dos diferentes grupos sociais, não mais se mostra possível sustentar tal crença.

É com base em semelhantes premissas que Luis Prieto Sanchís pode sustentar que o sistema de fiscalização abstrata das leis, realizado por órgãos com competência exclusiva,

forma do art. 97 da CF é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 456.

⁴³⁹ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 169.

poderia desaparecer sem que danos irreparáveis fossem verificados no modelo de garantias ou no controle da atividade parlamentar. Isso porque, *tão ou mais importante que a atividade de depurar o sistema de leis inválidas, é garantir aos cidadãos a salvaguarda de seus direitos diante de litígios concretos, o que o controle de constitucionalidade em abstrato não é capaz de fazer.*⁴⁴⁰

Aliás, é interessante notar que mesmo um autor contrário não só à ampliação de tarefas da jurisdição constitucional, mas à sua própria existência, em certa medida aceita que a via interpretativa seja um caminho legítimo para revisar normas legais e tentar adequá-las aos parâmetros da Constituição. Mark Tushnet sustenta que a evolução do Direito pela via jurisdicional viola o princípio democrático, pois as pessoas têm a capacidade de expressar livremente suas vontades, pressionando o Legislativo a agir sem a necessidade da intermediação de juízes. Neste sentido, a interferência do Judiciário nas escolhas legislativas seria absolutamente indevida. Daí desenvolve seu raciocínio, buscando demonstrar a viabilidade de sobrevivência de um sistema estatal no qual não existisse algo como o *judicial review*.

Dentre as estratégias para permitir a implantação desta nova realidade, inclui a manutenção da capacidade interpretativa dos juízes como instrumento para adequar leis à compreensão vigente acerca da Constituição, além de funcionar como meio de indicar ao Parlamento quando as escolhas feitas por este não pareçam seguir o rumo mais adequado. A partir deste elemento é possível entender que, mesmo defendendo um ponto de vista radicalmente oposto ao aqui construído, em certa medida há uma concordância: não se pode prescindir da possibilidade de, pela via jurisdicional, serem os comandos constitucionais invocados como parâmetros interpretativos e diretamente aplicados à vida das pessoas.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ SANCHÍS. *Justicia Constitucional... Op. cit.*, p. 168-169.

⁴⁴¹ TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring, 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2007.

Neste sentido é que a atuação jurisdicional pela via difusa pode contribuir para converter o processo judicial e o Poder Judiciário em um espaço ideal para os jurisdicionados expressarem suas reivindicações, funcionando como um canal por meio do qual diálogo rico e construtivo possa ser estabelecido entre o Estado e os verdadeiros titulares da Constituição e destes entre si. E a reabilitação das instâncias judiciais ordinárias, além de contribuir para aproximar direitos fundamentais e indivíduos, também funciona como caminho para que o processo de mutação constitucional possa se consolidar em bases democráticas, já que fruto de claras e diretas manifestações sociais.

A abertura do processo interpretativo a diferentes partícipes implica na possibilidade de divergentes pontos de vista serem consagrados em uma multiplicidade de sentenças, o que, ao contrário do usualmente afirmado, pode ser algo muito bom!⁴⁴² Uma realidade estatal que priorize a defesa do pluralismo não pode fechar os olhos para a diversidade de opiniões e vontades que grassa em todo tempo no corpo social sob pena de, incorrendo no erro conceitual de algumas teses republicanistas, ignorar e sufocar a diversidade.⁴⁴³ E isso abre margem para que uma pluralidade de interpretações também se apresente.

Opiniões discrepantes fomentam debates e permitem o florescimento de idéias; ajudam, ainda, a promover o engajamento público em torno de polêmicas que, ao final, serão dirimidas pelas Cortes Supremas, no exercício de um papel pacificador. O mesmo sustenta Habermas quando afirma: “(...) a interação com o grande público, perante o qual o jurista se sabe responsável, deve contribuir para a legitimação democrática de um juiz não suficientemente legitimado do ponto de vista democrático.”⁴⁴⁴

Certamente a participação mais direta dos jurisdicionados no processo de formação das sentenças produz uma interação capaz de gerar conseqüências favoráveis. O alargamento da base de decisão faz com que os diversos tribunais que compõem a estrutura judiciária

⁴⁴² CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁴³ HABERMAS. Três modelos normativos de democracia. *Op. cit.*, p. 284.

⁴⁴⁴ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 158.

ampliem seu campo de análise, conhecendo diferentes pontos de vista e maneiras de compreender os mesmos textos legislativos. Desta maneira é que, “(...) aos olhos dos cidadãos que tentam influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão.”⁴⁴⁵

A atuação dos Tribunais Superiores ou Cortes Constitucionais, a partir de um caldo de cultura formado mediante ativa participação de atores sociais pela via de inúmeros processos judiciais, acaba por se revestir de uma legitimidade pouco conhecida. Suas decisões deixam de ser produto de uma atividade hermética realizada por um punhado de sábios que pairam acima da realidade social e passa a se identificar com alguma das opiniões construídas nas instâncias ordinárias, possivelmente com ampla participação popular, mesmo que de forma fragmentária e desorganizada. Estas Cortes, assim agindo, abandonariam sua postura de *criadoras* do direito em prol de uma atuação *harmonizadora*, que prioriza a pacificação do debate realizado nos múltiplos espaços de mediação oferecidos à coletividade, com o que se conseguiria construir um consenso social.

E quando os juízes constitucionais se abrem ao diálogo com variados atores políticos sociais, outra vantagem se apresenta. Produzindo decisões a partir de opiniões divergentes, mas sempre oriundas de pessoas envolvidas no processo cotidiano de aplicação constitucional, reduz-se muito o risco destes magistrados se apresentarem como *sábios platônicos* ou *oráculos* que detêm com exclusividade a capacidade de *ouvir o que a Constituição tem a dizer*. Segundo a percepção de Carlos Blanco Morais:

Alguns dos elementos ditos de ‘difusão’ (...) contribuíram para a gestação de um circuito comunicativo entre os tribunais comuns e os tribunais constitucionais, diluindo o ‘status’ destes últimos órgãos como uma jurisdição estanque, apartada do sistema judiciário e circunscrita à prolação seca de juízos positivos e negativos de constitucionalidade.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 158.

⁴⁴⁶ MORAIS. *Justiça Constitucional. Op cit.*, p. 977.

Em resumo, o incremento das potencialidades reconhecidas ao sistema difuso amplia a chance de que haja efetivo debate antes das grandes questões chegarem às Cortes Supremas, colhendo-se opiniões diferentes, oriundas dos mais variados atores sociais. Com isso, a tarefa dos *juízes supremos* fica um tanto restrita a cancelar alguma das teses que se construiu nos longos caminhos que conduzem ao fim dos processos, a partir de manifestações dos legítimos interessados: os jurisdicionados.

4.3. O processo interpretativo construtivo e a necessidade do diálogo constitucional: novamente a questão da legitimidade democrática do Judiciário

Que um déficit de legitimidade democrática aflige a formação do Judiciário é tema já sabido. Como ilustram os exemplos ofertados por vários países europeus, desde o nascedouro do constitucionalismo dúvidas são levantadas acerca da possibilidade deste Poder se imiscuir nas escolhas legislativas ou mesmo administrativas e, invariavelmente, a base para os questionamentos reside na falta de participação popular no processo de composição das Cortes. Este problema, porém, tem sua intensidade reduzida na medida em que se altera o foco da discussão sobre a democracia, admitindo-se que esta não se restringe ao processo eleitoral ou que uma sociedade democrática não se funda apenas em vontades construídas em torno de amplas maiorias.⁴⁴⁷

Para Böckenförde, existem, de fato, diferentes maneiras de se legitimar democraticamente condutas estatais, o que permite identificar diferentes formas de se perscrutar a vontade popular, as quais, no Estado contemporâneo, complementam-se, apresentando-se como componentes indissociáveis no processo de legitimação dos atos

⁴⁴⁷ BOBBIO. *O Futuro da Democracia. Op. cit.*, p. 40.

estatais.⁴⁴⁸ Sendo possível reconhecer outros mecanismos capazes de permitir aos atores sociais exprimirem seus interesses em um espaço público, encontrando no Estado instâncias mediadoras capazes de acolher e multiplicar seus pleitos, a discussão muda de rumos e beneficia diretamente a atividade jurisdicional.

É certo que, sob o prisma das teorias democráticas tradicionais, o Judiciário não se encontra democraticamente legitimado nem por si mesmo, nem pela maneira como é estruturado: “La realidad es que (...) el Poder Judicial carece por sí mismo de legitimidad popular o de carácter representativo, ya que su legitimidad democrática se encuentra residenciada en la exclusiva sujeción de los jueces a las leyes emanadas de la voluntad popular.”⁴⁴⁹ E as teses que sustentam a legitimidade dos Tribunais na autorização constitucional para que exerçam o controle de constitucionalidade, por seu turno, são capazes de ofertar uma legitimação apenas indireta, já que não amparada em imediata e específica manifestação popular, mas na genérica vontade em tese apreendida no momento constituinte.⁴⁵⁰

De fato, carente de dados prévios que lhe confirmam a devida legitimidade democrática, o Judiciário depende de elementos que venham se agregar à sua atividade cotidiana, donde se percebe que a legitimação dos Tribunais é mais de *exercício* que de *origem*, “(...) lo que significa que cualquier forma de fiscalización habrá de proyectarse, no en el acto de su designación como sucede con el legislador, sino en la crítica de su comportamiento.”⁴⁵¹

Neste sentido, a atuação judicial se mostra legítima quando, pelos próprios atos, cumpre seu papel em defesa do pluralismo - colocando freios ao poder de eventuais maiorias e dando voz a grupos minoritários e pouco organizados; apresenta-se como uma instância

⁴⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La Democracia como Principio Constitucional. in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 56-57.

⁴⁴⁹ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 25.

⁴⁵⁰ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 243.

⁴⁵¹ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 257.

mediadora para reivindicações sociais; e assume uma postura hermenêutica aberta ao diálogo social, de modo a permitir a aproximação entre os direitos constitucionais e as necessidades sociais presentes.⁴⁵² Contudo, para colocar em prática semelhante projeto, é preciso que esteja atenta às demandas sociais, pelo que se exige de seus membros uma postura socialmente engajada, capaz de gerar um mínimo de integração com a comunidade cujos interesses cotidianamente aprecia.⁴⁵³

Novamente se trata da abertura ao diálogo que precisa existir, sob pena de não conseguir funcionar como uma verdadeira instância de mediação. Afinal, este papel só pode ser adequadamente cumprido estando presente a possibilidade dos diferentes pontos de vista que informam qualquer debate serem ouvidos, acolhendo-se as diferenças na tentativa de transformá-las em consenso. Aqui ainda uma vez se evidencia a necessidade de valorizar o trabalho da jurisdição ordinária que, lidando com pessoas e problemas concretos, pode se colocar em uma posição muito mais próxima aos cidadãos, diferentemente do que ocorre com as Cortes especializadas em sua análise abstrata do Direito.

Há que se destacar, porém, que o reconhecimento de tamanhas prerrogativas à atividade jurisdicional traz consigo algumas dificuldades, pairando permanentemente o risco de excessos virem a ser cometidos. Esta, aliás, é uma preocupação constante em todo debate acerca dos poderes dos juízes e um tema do qual não se podem desviar os olhos.

4.3.1. O problema dos excessos que pode o Judiciário cometer: uma análise a partir do caso alemão

Existem alguns elementos inerentes ao processo judicial que, de pronto, contribuem para amenizar qualquer temor de que o reconhecimento de diferentes atribuições à jurisdição

⁴⁵² CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* Op. cit., p. 26.

⁴⁵³ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* Op. cit., p. 145.

possa acarretar inevitáveis abusos. Um dado básico diz respeito à limitação que aos juízes é imposta pelos próprios litigantes, o que Sanchís afirma produzir uma *passividade processual*, decorrente da impossibilidade de as sentenças ultrapassarem os limites dados pelas partes.⁴⁵⁴ Com isto em muito se poda a tão falada capacidade criadora dos juízes, posto que a estes, de fato, não é permitido decidir de forma que discrepe das alternativas construídas ao longo da caminhada processual.

Aliás, é importante destacar que os julgadores de forma alguma podem ser considerados os únicos capazes de interpretar quaisquer atos normativos. Em verdade, juízes são apenas mais um no meio de tantos - legisladores, administradores públicos, particulares - dotados da capacidade de buscar adjudicar sentidos a textos legais.⁴⁵⁵ É claro que suas compreensões podem adquirir uma repercussão bastante mais ampla do que seria possível, por exemplo, em uma relação entre dois particulares que se propõem a interpretar cláusulas de um contrato. Contudo, têm tanto peso e vinculatividade quanto a decisão de uma autoridade pública ou do legislador quando, analisando os comandos constitucionais, se decide por complementá-los impondo, conseqüentemente, condutas aos cidadãos.

Outro aspecto lembrado por Sanchís em defesa da atividade jurisdicional como espaço procedimental onde se podem manifestar e formar vontades coletivas diz respeito à direta participação dos indivíduos na produção do Direito, propiciada pela atuação que podem desenvolver através do processo judicial.⁴⁵⁶ Lembrando que os julgadores encontram-se restritos, em suas decisões, pelo que seja reivindicado pelas partes, se vierem a inovar mais enfaticamente será em resposta a uma provocação dos próprios jurisdicionados que, assim

⁴⁵⁴ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 231.

⁴⁵⁵ Veja-se, a propósito, a defesa que Häberle faz da abertura constitucional a todos os seus destinatários. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 19-28.

⁴⁵⁶ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 244.

agindo, depositam no espaço jurisdicional a esperança em encontrar nele uma instância de mediação que permita dar voz a seus direitos.

Deve-se observar, contudo, que esta visão claramente otimista acerca das possibilidades transformadoras da jurisdição constitucional nem sempre é compartilhada. Konrad Hesse, por exemplo, admite que as Cortes Constitucionais podem funcionar como espaço para concretizar e aperfeiçoar a Constituição, mas não se mostra muito simpático a semelhante tarefa. Em verdade, mesmo reconhecendo que isto é um dado da realidade, afirma ser a instância jurisdicional um espaço que tende ao autoritarismo, especialmente ante a falta de legitimação democrática de seus membros, no que demonstra seu apego a uma concepção liberal que identifica democracia e sufrágio.⁴⁵⁷

É claro que não se pode desconsiderar escrever Hesse sobre um sistema onde subsiste apenas o modelo de controle concentrado, o que reduz a possibilidade de abertura de seus membros ao diálogo democrático. Mas o drama deste autor, que é também de vários outros juristas alemães, não se justifica apenas pela maneira como é estruturada a justiça constitucional daquele país. Em Ingeborg Maus encontra-se uma explicação bastante razoável a justificar a postura de vários autores germânicos contrários à crescente assunção de tarefas por seu Tribunal Constitucional Federal.

Fundindo elementos de psicanálise ao estudo do Direito, esta autora produziu um estudo, bastante difundido nos meios acadêmicos nacionais, onde critica a crescente tendência do *Bundesverfassungsgericht* em se imiscuir nos assuntos da vida privada, ocupando espaços originariamente reservados a outras instituições e mesmo cerceando a capacidade de autodeterminação individual. Ao argumento de garantir as liberdades e promover a implementação de direitos fundamentais, a Corte teria, gradualmente, posto em funcionamento um projeto de controle, claramente antidemocrático e centralizador, que lhe

⁴⁵⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 420-421.

permitiu assumir o posto de máxima instância moral da sociedade, um verdadeiro *imperador substituto*.⁴⁵⁸

A expressão *superego da sociedade*, inscrita no título do trabalho, se justificaria na medida em que a Corte avoca - e a sociedade consente - a capacidade de funcionar como um agente neutro e desinteressado cuja tarefa é auxiliar as partes a resolver seus conflitos, indicando a solução boa e justa para cada caso.⁴⁵⁹ Assim agindo, ocupa os espaços de liberdade anteriormente conferidos aos indivíduos, transformando-os no produto de suas próprias decisões. Isso em muito é possível graças à introdução de aspectos morais e valorativos na construção jurisprudencial, quando interpreta e aplica as normas jurídicas. Estes serviriam para *imunizar* as sentenças contra a crítica social, além de as desvincular de uma estrita submissão ao direito positivo, com o que se negaria, em definitivo, a sujeição do Judiciário à vontade popular plasmada nas leis.⁴⁶⁰

Este processo iniciou-se praticamente junto com o nascimento do Tribunal, nos anos 1950, quando, mesmo diante de questões menos importantes, tratou de fixar suas próprias competências, ampliando-as continuamente a revelia dos limites traçados na Lei Fundamental. Em pouco tempo concluiu que os parâmetros aplicáveis ao controle de constitucionalidade poderiam ultrapassar o balizamento formal inscrito na Constituição, escorando-se em direitos suprapositivos que apenas a própria Corte seria capaz de identificar.⁴⁶¹ Liberto de qualquer submissão aos interesses sociais positivados em textos legislativos, o Tribunal passou a manipular abertamente a Constituição:

(...) esta deixa de ser compreendida (...) como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos.⁴⁶²

⁴⁵⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: CEBRAP. n. 58, nov. 2000. p. 199-200.

⁴⁵⁹ MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁶⁰ MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 189.

⁴⁶¹ MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 191.

⁴⁶² MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 192.

E a esta prática jurisdicional quase religiosa corresponde uma veneração popular que mais e mais fortalece a certeza da Corte em sua missão, além de mascarar o domínio por ela exercido, apresentando-se seu poder como algo natural ao sistema político germânico. A força dos juízes alemães, por sinal, é algo que acompanha a tradição daquele país, sendo marcante sua luta contra os grilhões legalistas no início do Século XX, no que se denominou *movimento pelo direito livre*, momento em que se apresentaram como uma resistência contra as instabilidades que colocavam em risco a integridade e a grandeza da *nação germânica* (e aqui a expressão tem o mesmo sentido dado por Schmitt).⁴⁶³ Neste sentido a explicação de Maus:

Desde a discussão metodológica da época até os dias de hoje mantém-se a perspectiva pela qual cabe à ciência do direito e à práxis jurisdicional a tarefa de gestar a unidade por meio do método jurídico, tendo em vista o caos introduzido pela produção jurídica da sociedade e a indiferenciação e inconsistência internas do direito legislado.⁴⁶⁴

Corporificação da consciência viva nacional, máxima instância moral social, imune aos limites traçados pela Lei Fundamental e capaz de identificar uma ordem de valores não escrita, guardião maior dos interesses coletivos e, ainda assim, alicerce que garante segurança e estabilidade para a ordem jurídica. Assim Ingeborg Maus identifica o Tribunal Constitucional Federal alemão no final dos anos 1980 (seu texto foi originalmente publicado em 1989). Uma instância de poder político que, sob o pretexto de proteger e conferir efetividade à Constituição, acabou rompendo as barreiras que o mantinham equidistante dos demais Poderes e apreendendo expressiva parcela da capacidade de autodeterminação dos indivíduos, colocando-se conscientemente como patriarcal protetor dos interesses públicos.

A realidade delineada no texto apresentado escancara aos olhos o risco que a excessiva confiança depositada em um único espaço institucional pode gerar. E não se deve desprezar o fato de o problema ser identificado em um país central que, embora possuidor de

⁴⁶³ MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 195.

⁴⁶⁴ MAUS. Judiciário como Superego da Sociedade. *Op. cit.*, p. 196.

uma tormentosa história constitucional, é um pólo irradiador de influência sobre inúmeras outras nações. Há que se destacar, contudo, um dado que, se não ameniza o problema, ao menos lança alguma luz sobre o nascimento desta relação de confiança tão forte entre população e Tribunal Constitucional.

Afora as dificuldades que envolveram o processo de elaboração da atual Lei Fundamental alemã, um dado relevante que justificou seguidas provocações ao *Bundesverfassungsgericht* é a ausência, em seu texto, de uma pauta de direitos fundamentais sociais.⁴⁶⁵ Ao contrário da tendência que informou os diplomas elaborados a partir do final da Segunda Guerra, neste se encontram positivados apenas direitos de liberdade, o que logo levou a própria sociedade a reclamar do Tribunal que interviesse, reconhecendo e oferecendo mecanismos de tutela para direitos de natureza social. E muito de sua atividade criadora centra-se nesta seara, em cujo âmbito seus julgadores se mostraram capazes de identificar os mais diversos direitos onde nada diz o texto constitucional, extraíndo de uma genérica proteção à dignidade humana os mais variados comandos.

São múltiplos os exemplos de direitos *criados* pelo Tribunal, alguns dos quais são apresentados por Robert Alexy. O direito à igualdade foi a base para invalidar legislação tributária que produzia tratamento diferenciado sobre bens móveis e imóveis, beneficiando os proprietários dos segundos. Neste mesmo precedente, a Corte aproveitou para fixar limites ao poder de tributar, afirmando a proibição do confisco, além de delinear variadas premissas acerca do Estado Social e do dever de se estabelecer uma ordem jurídica justa.⁴⁶⁶ Também delineado jurisprudencialmente foi o direito à autodeterminação informativa o qual, segundo Alexy, não se encontra sequer esboçado em qualquer dos artigos constitucionais, o mesmo

⁴⁶⁵ DENNINGER, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 16.

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 41-47.

valendo para a restrição à liberdade de profissão, sustentada no comentado caso das farmácias, julgado em 1958.⁴⁶⁷

Os excessos do Tribunal Constitucional Alemão, denunciados por Ingeborg Maus e ratificados por outros autores como Forsthoff, Böckenförde e Alexy,⁴⁶⁸ naturalmente deram ensejo a reações tanto no plano político das relações estatais quanto na seara da teoria constitucional. Sempre na busca por reduzir a esfera de influência por aquele construída, de várias maneiras tem-se buscado afirmar que a Constituição não *pertence* ao Tribunal, mas ao povo alemão que constitui uma comunidade - ou, nas palavras de Häberle, uma sociedade aberta de intérpretes⁴⁶⁹ - que vive a Constituição e, portanto, precisa ter voz neste processo de constante releitura de seus dispositivos.

Ponto positivo deste debate é abrir espaço para a reflexão acerca do que se espera da jurisdição constitucional e, acima de tudo, *até que ponto parece correto depositar tanta confiança nela*. Afinal, como defendido, embora não seja a instância ideal para colocar em marcha o processo de concretização das promessas constitucionais - especialmente pela sua pequena capacidade de se antecipar aos conflitos, garantindo que direitos não sejam violados - no cenário atual parece ser a melhor aparelhada para fazê-lo.

Nos regimes democráticos contemporâneos, o espaço jurisdicional apresenta-se como uma ponte entre sociedade e Estado, um canal institucional por cujo intermédio as mais variadas reivindicações podem ser formuladas, sempre na esperança de que os comandos abstratos inscritos nas Constituições venham a ser transformados em reais vantagens, em efetiva proteção aos interesses plurais que permeiam as sociedades. E, neste sentido, defender a possibilidade de os julgadores, ao lado dos demais sujeitos interpretativos, funcionarem

⁴⁶⁷ ALEXY. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. *Op. cit.*, p. 35-36.

⁴⁶⁸ Interessante apanhado acerca da evolução da zona de influência construída pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sua crítica e a tentativa de se colocar freios à sua atividade encontra-se no estudo de CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

⁴⁶⁹ É este o teor da crítica que Häberle faz em sua afamada obra, na qual sustenta a necessidade de o processo de vivificação constitucional ser aberto à participação da sociedade, não se admitindo sua circunscrição ao *círculo de sábios* que compõem a Corte Constitucional. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional*. *Op. cit.*

como órgãos de produção jurídica, dando vida e atualidade ao texto constitucional, não equivale necessariamente a abraçar qualquer espécie de “criacionismo radical”,⁴⁷⁰ nem lançar sua atividade para os braços de uma compreensão irracional da hermenêutica jurídica. E não deve ser o risco do uso patológico destas potencialidades o pretexto para tolhê-las antecipadamente.

Em verdade, as concepções teóricas da hermenêutica, adequadamente observadas, são capazes de estabelecer claros limites para a atividade criadora ínsita a qualquer interpretação. De fato, quando os partícipes do processo político assumem uma *postura hermenêutica* de abertura ao diálogo - especialmente o que se realiza nos espaços públicos institucionais - possibilitam o alcance de decisões racionalmente sustentáveis, posto que resultado de uma vontade consensualmente construída.⁴⁷¹ E assim se evidencia o vínculo existente entre a teoria democrática deliberativa e as possibilidades ofertadas pela ciência hermenêutica, que se apresenta como alicerce teórico imprescindível à efetivação de idéias base por aquela trabalhadas.

4.3.2. A abertura gadameriana ao diálogo como uma possibilidade de controle e legitimação para a jurisdição constitucional

Sob a perspectiva da teoria hermenêutica de Gadamer, a interpretação de qualquer texto - onde se incluem os legislativos - como de qualquer diálogo é um processo reconstrutivo pelo qual o intérprete adjudica sentidos ao mesmo, servindo o texto ou a fala do interlocutor como um referencial lingüístico para o qual o leitor precisa se abrir, mostrando-se pronto a compreender os pontos de vista que por este podem ser ofertados.

⁴⁷⁰ Daí sustentar Sanchís que “Concebir a los jueces como órganos de producción jurídica supone, sencillamente, entender que los valores y principios morales que inspiran sus fallos no son más objetivos, ni más legítimos o justos que los del legislador.” SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 223-224.

⁴⁷¹ HABERMAS. *O Estado Democrático de Direito*. *Op. cit.*, p. 158.

Compreendendo o processo de reconstrução normativo levado a cabo pelos partícipes da jurisdição constitucional sob a ótica gadameriana, identifica-se neste uma atividade que pressupõe a abertura de todos os envolvidos (litigantes, advogados, Ministério Público, juízes) ao diálogo, a ouvir os argumentos dos outros e tentar compreendê-los. *O fechamento do intérprete aos argumentos de seu interlocutor o impede de aprender com o outro, mesmo que seja para, ao final, refutá-lo.* Por outro lado, a abertura e o reconhecimento do direito que todos aqueles atores têm de tentar influenciar na maneira como os textos legislativos devem ser compreendidos - e, conseqüentemente, nas sentenças que serão proferidas - permite revestir as decisões judiciais de forte legitimidade democrática. Isto na medida em que deixam de ser apresentadas como um ato de discricionariedade judicial e passam a consistir no resultado de um processo participativo e dialógico, escudando-se e legitimando-se na vontade dos reais interessados, aberta e publicamente colocada por intermédio do processo judicial.⁴⁷²

Decisões assim alcançadas podem ser compreendidas como fruto de um consenso entre divergentes opiniões, a que se chega conduzido pelo diálogo processual realizado entre o Estado e os jurisdicionados que livremente se manifestam, falando em nome próprio ou de algum grupo organizado, tudo sob a intermediação do juiz. E apenas onde se admite que a atuação jurisdicional difusa funcione como instrumento para vivificar as Constituições esta aproximação pode se fazer de forma completa, apresentando-se o Judiciário como uma real instância mediadora, institucionalmente aberta aos diversos segmentos que, numa sociedade plural, precisam ter voz.

A interpretação do Direito se pauta, salvo raríssimas exceções, na compreensão de textos legislativos, aos quais devem ser adjudicados sentidos adequados às situações práticas que venham reger e aos valores fundamentais que objetivem tutelar. Desta feita, a

⁴⁷² HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 157-158.

hermenêutica jurídica se assenta não apenas no diálogo entre diferentes intérpretes, mas também destes com algum texto legal, de onde emerge a norma jurídica concretizada como fruto da compreensão que se pode construir a partir de sua base lingüística. Gadamer é claro ao sustentar que os sentidos não se encontram integralmente no texto ou no intérprete, sendo, antes de tudo, fruto do diálogo que entre eles se deve estabelecer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível (...) quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa.⁴⁷³

Os textos, sejam legislativos ou literários, oferecem parâmetros interpretativos e lingüísticos que não podem ser desprezados. Estes são o primeiro e mais importante limite para a atividade hermenêutica, afinal, mesmo que se defenda não trazerem os textos, em si, qualquer sentido previamente dado, não se pode negar que oferecem o balizamento inicial e mais relevante para sua própria compreensão. O labor interpretativo se mantém intimamente atado ao sentido do texto, de sorte que: “Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.”⁴⁷⁴

O texto constitucional sempre servirá como limite para a atuação judicial, seja por sua própria estrutura lingüística, seja na medida em que se apresenta como parâmetro interpretativo para a normativa infraconstitucional. A simples existência de um conjunto de valores morais positivados, identificados com a pauta de direitos fundamentais, é capaz de, em larga medida, contribuir para cercear a discricionariedade interpretativa que se vê tolhida pelas possibilidades lingüísticas encontradas no texto. As Constituições, nessa medida, não só restringem a liberdade dos legisladores, mas igualmente estreitam a abertura criativa jurisdicional.⁴⁷⁵

⁴⁷³ GADAMER. *Verdade e Método. Op. cit.*, p. 358.

⁴⁷⁴ GADAMER. *Verdade e Método. Op. cit.*, p. 436.

⁴⁷⁵ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 250. Sustentando a necessidade se aceitar os textos legislativos como limite para a atividade hermenêutica é que afirmam Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Mont'Alverne jamais poder a liberdade do intérprete chegar ao ponto de, a pretexto de

Destaque-se que ofertar parâmetros de controle para a atividade criadora desempenhada pela via hermenêutica não transforma a Constituição em um texto que traga sentidos em si mesmo. Especialmente diante do quadro delineado pelo neoconstitucionalismo, com Constituições impregnadas de valores fundamentais voltados à proteção dos mais diferentes interesses, torna-se imprescindível a transposição dos comandos normativos do plano ideal para a realidade concreta, não se podendo crer que a simples elaboração de um documento escrito seja capaz, por si só, de resolver os problemas humanos.⁴⁷⁶

A adequada compreensão que pode ser construída pelo diálogo entre os atores aqui contemplados permite ao intérprete preencher de significado o texto, atentando sempre para os limites impostos por este. E se este processo abre espaço para que convicções pessoais do ente interpretativo entrem em cena, nada há a se estranhar, ao contrário. Para Gadamer, esta relação “(...) não pressupõe nem uma *neutralidade* com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.”⁴⁷⁷

O subjetivismo se faz presente em toda atividade interpretativa, não sendo diferente quando esta se volta aos textos legais.⁴⁷⁸ Em verdade, fechar os olhos a esta realidade pode ser mais perigoso do que aceitá-la. Isto porque, no instante em que se busca negar a subjetividade ínsita ao processo interpretativo, abre-se espaço para que a discricionariedade do intérprete se manifeste com toda força - mascarada sob uma pretensa objetividade que o uso da linguagem é incapaz de afastar - e, colocando-se o sujeito a salvo de qualquer espécie de controle público, escancaram-se as portas para o arbítrio.

reformular a norma que constrói a partir de um texto, alterar o próprio texto. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso*. Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em 10 jan. 2008.

⁴⁷⁶ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* Op. cit., p. 57.

⁴⁷⁷ GADAMER. *Verdade e Método*. Op. cit., p. 358.

⁴⁷⁸ Destaca Maria Luisa Callejón que o subjetivismo interpretativo está presente em toda atividade judicial, não apenas na interpretação constitucional. E deste *mal* padecem igualmente juízos ordinários e Cortes especializadas, sendo indiferente se a compreensão dos textos normativos é feita ou não à luz de um problema em concreto. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* Op. cit., p. 61.

A maneira como Gadamer entende o fenômeno hermenêutico, contudo, deixa claro ser impossível à atividade interpretativa perseguir verdades absolutas ou certezas incontestáveis. Assim é que, Habermas, assumindo para si semelhantes premissas, reconhece ser a abertura a múltiplas compreensões um risco inerente à democracia com o qual os homens devem aprender a lidar sem tentar mascará-lo, mas antes admitindo que as incertezas dos influxos lingüísticos constituem aspecto inerente à subjetividade que permeia toda interpretação.⁴⁷⁹

Segundo Gadamer, não há compreensão dissociada de concepções prévias que o intérprete traga consigo. Sob certo ponto de vista, esta assertiva pode soar mesmo banal, afinal, se nada conhecesse acerca de determinado assunto, dificilmente o sujeito conseguiria construir qualquer espécie de compreensão acerca do mesmo. Em verdade, ao se deparar com o texto, este provavelmente nada lhe diria. Isto pode ser facilmente exemplificado quando se tem em mira o trabalho de tradução: sem o conhecimento prévio do idioma em que foi o texto escrito, não há como dialogar com ele e sentido algum lhe será reconhecido pelo leitor.

Qualquer *pergunta* que o intérprete faça ao texto é reflexo da *pré-compreensão*, pois só pergunta aquele que tem algum conhecimento e, portanto, alguma dúvida.⁴⁸⁰ As concepções trazidas pelo intérprete decorrem de seus conhecimentos e experiências passadas e recebem de Gadamer o desígnio de *pré-compreensões*. Estas são “(...) opiniões prévias de conteúdo (...) com as quais lemos os textos.”⁴⁸¹ Por possuir pré-compreensões, o hermenauta pode idealizar *preconceitos*, aqui entendidos como “(...) um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão.”⁴⁸²

⁴⁷⁹ CAMERON, W. S. K. On communicative actors talking past one another: the Gadamer-Habermas debate. *Philosophy Today*. Los Angeles: Loyola Marymount University. n. 40, spring 1996. p. 165.

⁴⁸⁰ GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 478.

⁴⁸¹ GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 357.

⁴⁸² GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 360. Sob o prisma da hermenêutica jurídica, os *pré-conceitos* podem ser formados em razão, por exemplo, de precedentes judiciais ou lições doutrinárias que induzam o julgador a, realizando análise prévia de um caso concreto, antecipar sentidos potenciais que possam aos textos legais aplicáveis ser conferidos. No instante em que novos elementos vão sendo colhidos (como os argumentos das partes, as provas produzidas ou o estudo mais aprofundado da legislação), então se dá a compreensão do

Para Gadamer, a compreensão demanda a presença de conhecimentos prévios sobre o tema, que permitem ao intérprete criar *expectativas de sentido*. E essas pré-compreensões são fruto da inserção do sujeito em um dado contexto, em uma realidade histórica de onde este extrai conhecimentos e experiências. Nas suas palavras:

A antecipação de sentido que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. (...) essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios.⁴⁸³

As pré-compreensões não são arbitrariamente formuladas pelo ente interpretativo, mas decorrem de sua presença em um momento histórico, onde se vê cercado por elementos que são dados por uma *tradição* à qual pertença. Na sua relação com o passado, o homem encontra-se sempre inserido na tradição e os dados por esta oferecidos contribuem decisivamente para sua formação. Assim é que o legado deixado às pessoas pela tradição não pode “(...) ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.”⁴⁸⁴ É neste sentido que Sanchís, pensando especificamente na interpretação constitucional, vem a defender que esta não pode, em momento algum, se desvencilhar de seus vínculos históricos com fatores políticos e culturais, que inevitavelmente contribuem para o resultado deste processo.⁴⁸⁵

Desta relação decorrem elementos humanistas, sociais ou valorativos que se estruturam ao longo do tempo e dão sentido ao arcabouço cultural que informa cada pessoa. Em que pese a inevitável presença de dados decorrentes de experiências únicas, pessoais, a

todo, confrontando-se as expectativas formadas em razão das *pré-compreensões* trazidas pelo juiz com dados outros, que limitam as possibilidades de sentido atribuíveis aos textos.

⁴⁸³ GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 388-389.

⁴⁸⁴ GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 374.

⁴⁸⁵ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 224.

pré-compreensão emana, fundamentalmente, da tradição que informa toda a coletividade na qual o sujeito esteja inserido. Por força desta mínima uniformidade, atenuam-se as discrepâncias entre as compreensões que podem emanar da interpretação realizada por vários indivíduos pertencentes ao mesmo grupamento, acerca de um único texto. Isto se dá porque todos que vivem em uma mesma realidade tendem a ter em mira um mesmo *horizonte histórico*, ou um idêntico conjunto de concepções dadas pela tradição.

Pelo processo hermenêutico busca-se a compreensão, com os olhos do presente, de dados postos, partindo-se da premissa de que não há verdades prévias. Com esta atividade se alcança uma constante atualização dos sentidos que podem ser adjudicados aos textos, visto que o ente interpretativo os mira com o olhar de seu próprio tempo. Isto não implica em dizer, contudo, que o intérprete não possua qualquer compromisso com o passado, ao contrário. Afinal, se possui conhecimentos suficientes para compreender um texto e com ele dialogar, atribuindo-lhe algum sentido, isto se deve a informações recebidas do passado, de uma tradição em que se veja inserido, que lhe permite possuir pré-compreensões.

A tradição, por seu turno, é algo que nasce da conjugação de dados que se consolidam ao longo do tempo, nos grupamentos humanos, e forma o que Gadamer denomina de horizonte histórico, o referencial comum no passado de onde emanam as pré-compreensões. O processo hermenêutico se realiza, portanto, mediante uma conjugação de horizontes: passado e presente. O intérprete está sempre inserido em um momento histórico e imbuído de concepções típicas de seu contexto; estas, porém, são fruto de uma permanente evolução da tradição. O homem é ser inserido em um contexto histórico:

Na verdade, não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (...) A auto-reflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser.*⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ GADAMER. *Verdade e Método. Op. cit.*, p. 367-368.

Ao olhar para o arcabouço que emana da tradição, o intérprete encontra um horizonte referencial que, por seu turno, funde-se com outro, dado pela realidade vigente. Tem-se, assim, o que Gadamer denomina de *fusão de horizontes*, onde presente e passado se unem para fornecer os pilares necessários para que novos destinos possam ser perseguidos, em uma constante evolução que se dá, contudo, sem rupturas.⁴⁸⁷

Analisada em um contexto no qual a Constituição se assenta no ápice do ordenamento jurídico - não por força de critério hierárquico formal, mas em razão de conter as bases materiais legitimadoras do Direito e oferecer as condições para convivência de vontades plurais - a ciência hermenêutica pode ter naquela um horizonte, *uma fonte de referências dadas por uma tradição que em seu texto foi plasmada*.⁴⁸⁸ A obrigatória observância dos valores inscritos em seu texto, além de restringir o risco de a atuação jurisdicional criativa derivar para o decisionismo, fortalece seu papel de fundamento material de validade de todo o ordenamento.⁴⁸⁹ Assim é que um *horizonte constitucional* pode ser identificado no núcleo fundamental das Constituições, a parcela de seu texto que se propõe a erigir um referencial básico capaz de orientar o reconhecimento de direitos e conciliação das diferenças inerentes às sociedades plurais.

O intérprete, por seu turno, precisa ser reconhecido como um ativo partícipe deste processo, por cujo intermédio se promove a reconstrução dos sentidos possíveis ao texto constitucional, atualizando-o constantemente e o aproximando da sociedade presente, com suas carências, conflitos e desejos múltiplos e peculiares. Neste sentido, sustenta Habermas que “(...) o intérprete só pode esclarecer a significação de uma manifestação simbólica enquanto virtual participante do processo de entendimento dos partícipes imediatos”, donde a

⁴⁸⁷ Sobre a formação do horizonte, Gadamer a resume nas seguintes palavras: “(...) o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos precedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. (...) *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*.” GADAMER. *Verdade e Método*. *Op. cit.*, p. 404.

⁴⁸⁸ HABERMAS. *O Estado Democrático de Direito*. *Op. cit.*, p. 165.

⁴⁸⁹ SANCHÍS. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. p. 250.

necessidade premente em se abrir ao diálogo com os demais atores do processo comunicativo. Adotando semelhante postura, a compreensão que consegue formular do texto constitucional “(...) representa uma apropriação atualizadora do sentido do texto (...) com referência a situações possíveis no mundo.”⁴⁹⁰

Transportando estas idéias para o cenário da jurisdição constitucional, em seu exercício de forma aberta e participativa pela via difusa, fica clara a necessidade de os julgadores buscarem se aproximar da comunidade que busca, pela via institucional mediadora identificada no Poder Judiciário, uma resposta para seus conflitos. No processo judicial esta oportunidade claramente se coloca, funcionando, por sua própria estrutura dialética, como um instrumento eficiente de debates, no qual opiniões divergentes podem ser apresentadas, discutidas e defendidas. Isto permite às sentenças se assentarem em uma base consensual que, ao refletir as expectativas sociais acerca da melhor compreensão que ao texto constitucional pode ser adjudicada, as reveste de legitimidade democrática e permite a definitiva aproximação entre direitos constitucionais e realidade social.

4.4. A jurisdição constitucional nas vias ordinárias como condição para uma efetiva democracia participativa

Alcançar uma compreensão do texto constitucional adequada às expectativas dos atores sociais depende de se buscar, pela via do debate, construir um consenso. Este, por seu turno, não deve ser percebido como um momento de perfeita harmonia, produto da atividade de homens bons e justos que só querem o bem de todos e aceitam de bom grado ceder até um denominador comum. Em verdade, a noção de *consenso habermasiano*, desde início trabalhado, melhor pode ser vista como a aceitação da diferença, e não sua supressão:

⁴⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. Hermenêutica Filosófica. Leitura tradicionalista e leitura crítica. in *Dialética e Hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p. 93-94.

“Compreender a si mesmo como o destinatário de uma pretensão não significa ter de aceitar a pretensão, mas sim, decerto, tomá-la a sério.”⁴⁹¹

Agindo desta maneira, preserva-se o pluralismo, enquanto se busca garantir um mínimo de harmonia e um máximo de realização dos direitos constitucionais. Afinal, é idéia central da teoria discursiva da democracia aceitar que os direitos fundamentais não se prestam a fazer com que as pessoas passem a ser boas e justas, a se amar incondicionalmente. Em verdade, é tarefa da Constituição garantir a capacidade de autodeterminação individual, assegurando a existência de uma esfera privada dentro da qual as pessoas possam ser absolutamente livres para formar suas próprias convicções, sejam elas socialmente aceitáveis ou não. E uma sociedade plural somente se pode construir assim, permitindo a cada um ser livre na formação de suas vontades particulares. Ao mesmo tempo - e aqui se encontra requisito basilar para a existência de uma democracia constitucional - a Constituição busca delinear os liames que separam as esferas privada e pública, garantindo que, nos espaços coletivos, os comportamentos individuais se pautem pelo mais profundo respeito ao outro e tolerância com a diferença, postura que permite conciliar liberdades públicas e privadas, constitucionalismo e democracia.⁴⁹²

No instante em que conflitos são apresentados perante o Judiciário, coloca-se em marcha um processo dialógico por meio do qual indivíduos e grupos podem formular suas reivindicações, encontrando uma série de procedimentos capazes de regular o uso público da razão e frear os egoísmos privados.⁴⁹³ São limites tanto *formais* - ínsitos à estrutura do processo judicial - quanto *lingüísticos* - assentados em fundamentos hermenêuticos - que restringem os riscos de uma posição excludente vir a prevalecer, com o que se legitima tanto o próprio procedimento quanto o resultado da atividade em seu seio desenvolvida.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ HABERMAS. Hermenêutica Filosófica. Leitura tradicionalista e leitura crítica. *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁹² HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 172-173.

⁴⁹³ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 157-158.

⁴⁹⁴ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 164.

Abre-se espaço, desta maneira, para que a Constituição definitivamente se aproxime de seus titulares que, por meio de sua direta participação no processo interpretativo, podem lhe conferir feições realmente adequadas aos interesses coletivos. Não mais fica a sociedade à mercê de construções teóricas que buscam legitimar os sistemas jurídicos a partir de abstrações como o poder constituinte da nação ou a representação popular. Recusando a construção artificial de vontades, a teoria democrática discursiva afirma a capacidade dos homens de assumirem a tarefa de forjar suas escolhas a partir das bases ofertadas pelos textos constitucionais. E a atividade jurisdicional pode ser chamada à cena com o fim de fornecer condições para que semelhante propósito seja alcançado.⁴⁹⁵

Entra em marcha, desta forma, um novo fundamento de legitimidade para a jurisdição constitucional, que definitivamente deixa para trás os muros conceituais dentro dos quais restou por largo tempo enclausurada, especialmente na concepção jurídica europeia. Mais do que fiscal do poder, garantidora do respeito à integridade dos comandos constitucionais contra ingerências indevidas de legisladores e governos, a atividade jurisdicional assume a tarefa de aproximar as Constituições do povo. Permite, com isso, àquelas adentrar em definitivo na vida social, abrindo seus canais comunicativos aos indivíduos de forma a lhes permitir a discussão pública de seus interesses e a formação de consensos racionalmente construídos.

Neste sentido, a própria jurisdição constitucional se mostra uma excelente instância de mediação social por cujo intermédio o diálogo entre diferentes atores políticos pode ser realizado. *Daí que o reconhecimento da capacidade dos juízes ordinários desempenharem semelhante tarefa, mais do que uma possibilidade inerente à teoria do neoconstitucionalismo, funciona como uma decorrência lógica e inafastável do sistema que se pretende ver prevalecer.* Afinal, a própria estrutura conceitual do processo judicial os coloca em posição de

⁴⁹⁵ HABERMAS. O Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 157.

máxima proximidade com os jurisdicionados, ao contrário do que ocorre na realidade do controle de constitucionalidade concentrado em Cortes especializadas. E semelhante aproximação é imprescindível para que o diálogo social possa acontecer, viabilizando a transposição para a esfera pública, mediante procedimentos institucionais comunicativos, de vontades privadas, base para a formação de consensos em torno de aspirações comuns.

É claro que este é um quadro ideal, presente, quando muito, em alguns momentos da vida constitucional de poucos países. Mas, embora um tanto distante de uma ampla aceitação prática, certamente se mostra factível e pode ser alcançado caso se mantenham vivos e se fortaleçam os mecanismos de controle difuso de constitucionalidade, reconhecendo-se neles instrumento capaz de se apresentar como uma instância de participação democrática essencial para efetivar a transposição dos textos constitucionais de um plano abstrato para a realidade da vida cotidiana.

4.5. A prática da jurisdição constitucional: exemplos de experiências transformadoras

É interessante destacar um pouco do lado prático do que se discutiu até aqui. De fato, algumas das propostas levantadas têm sido experimentadas em países que, mesmo não possuindo em seu sistema jurídico expressa autorização para que a jurisdição constitucional seja realizada pela via difusa, têm colocado em prática mecanismos que permitem o acontecer desta experiência. Permitindo-se imiscuir em temas que, pela tradição europeia, deveriam ficar restritos às Cortes Constitucionais, os sistemas jurisdicionais espanhol e italiano⁴⁹⁶ são exemplos vivos de intensos debates que, em anos recentes, se desenvolvem junto à comunidade jurídica, destacando-se, estes dois países, em um cenário europeu que não caminha em direção muito diferente.

⁴⁹⁶ Ao lado do alemão, a cujo respeito já se tratou em momentos diversos ao longo do texto.

O pensamento jurídico espanhol contemporâneo se direciona de modo bastante firme no sentido de reconhecer um papel diferenciado para a jurisdição ordinária, permitindo-lhe assumir crescentes responsabilidades em matéria de interpretação e aplicação constitucional. Esta realidade se encontra expressa na exposição de motivos acrescentada à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional pela Lei 6/2007, que alterou aquele diploma de modo a rever vários procedimentos perante a Corte.⁴⁹⁷

Neste texto encontra-se expressa a certeza no valor normativo da Constituição e no papel promovedor que deve ser assumido pela jurisdição constitucional. Não defende, contudo, que semelhante realidade dependa exclusivamente dos préstimos do Tribunal Constitucional para se materializar. Em verdade, a responsabilidade dos juízes ordinários na defesa e promoção de direitos fundamentais é consagrada, em um claro processo de divisão de forças entre Corte especializada e juízos comuns (“La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella”).

Esta estratégia, por sinal, fica clara na parte em que se justifica a reformulação do *recurso de amparo*, principal instrumento para provocação da Corte. A nova lei busca reduzir a quantidade de recursos, mas, ao mesmo tempo, fortalece os juízes ordinários a fim de que estes tenham maior liberdade para lidar com violações a direitos fundamentais, resolvendo, interpretativamente, as incompatibilidades entre lei e Constituição (“...la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales...”). Daí destacar que: “Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los

⁴⁹⁷ Vários dispositivos da Lei 6/2007 tiveram sua constitucionalidade questionada perante a Corte que, ao decidir o Recurso de Inconstitucionalidade manejado, o rejeitou, afirmando, por maioria de votos, a plena validade do diploma legal. A Sentença 49/2008, proferida em 09.04.2008, pode ser encontrada no endereço <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-049.html>

derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.”⁴⁹⁸

Estas passagens refletem a consolidação de um debate desenvolvido especialmente nos anos que medeiam as décadas de 1980 e 90, momento em que se mostrou mais viva no pensamento jurídico e na prática jurisprudencial da Corte a preocupação em firmar a jurisdição constitucional em um novo patamar. Em 1985, Pablo Pérez Tremps (hoje membro da Corte espanhola) sustentava ser um dever de todos os órgãos jurisdicionais garantir a Constituição, assegurando sua primazia sobre a ordem jurídica. Dada a sua posição central, figurando como fundamento material para as normas, toda atividade de aplicação do Direito tenderia a ser, igualmente, um momento de aplicação da normativa constitucional, donde “(...) toda actividad jurisdiccional (...) supone potencialmente un contenido constitucional, tanto la del tribunal constitucional como la de los órganos del Poder Judicial.”⁴⁹⁹

Esta idéia houvera sido delineada no ano anterior pelo Tribunal Constitucional, em sua sentença n. 50/1984, na qual sustentou que, figurando a Constituição como elemento central a conferir legitimidade, a partir de sua ordem de valores, ao sistema jurídico, não se poderia conceber a sobrevivência de planos jurisdicionais distintos. Nesta medida, imperativo admitir aos juízes ordinários aplicar diretamente comandos constitucionais a problemas concretos, valendo-se destas normas como parâmetros interpretativos para quaisquer situações que se lhes apresentassem.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/Texto%20consolidado%20nueva%20LOTC.pdf> Acesso em 07 jul. 2008. É importante destacar que, tal qual assinala Maria Luisa Balaguer Callejon, o *recurso de amparo* (instrumento que pode ser manejado por qualquer pessoa, perante o Tribunal Constitucional, com o intuito de ver tutelado um direito fundamental de base constitucional) tem servido, na prática espanhola, como importante instrumento para canalizar diferentes compreensões possíveis, permitindo ao Tribunal Constitucional construir uma decisão que se mostre como o resultado de um debate neste espaço institucional. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* Op. cit., p. 65.

⁴⁹⁹ TREMPs, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 121.

⁵⁰⁰ TREMPs. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Op. cit., p. 121-122.

Em verdade, mais que uma liberdade, tem se entendido que é um dever dos juízes ordinários espanhóis interpretar as leis em conformidade com a Constituição, buscando sempre adequar aquelas aos limites desta, acomodando seu conteúdo aos princípios e preceitos constitucionais,⁵⁰¹ tarefa que, destaque-se, já há mais de duas décadas foi determinada na Lei Orgânica do Poder Judiciário (Lei 6/1985).⁵⁰² Esta mesma lei estabelece que, diante da necessidade de verificar a compatibilidade de uma lei com a Constituição (o que, no sistema espanhol, resolve-se com a provocação, incidental, do Tribunal Constitucional para que este resolva a questão, permitindo, após sua decisão, que o juiz dê seguimento à análise do processo em curso), antes o juiz esgote as possibilidades hermenêuticas que permitam acomodar a norma infraconstitucional.⁵⁰³

E mais longe já foi a Corte Constitucional espanhola. Interpretando dispositivo da parte transitória da Constituição de 1978, concernente à recepção de normas pré-constitucionais, o Tribunal determinou que os juízes ordinários teriam autoridade para declarar a invalidade de leis por entendê-las não compatíveis com a nova ordem constitucional. A manifestação do Tribunal especializado somente se faria necessária com o fim de conferir efeitos *erga omnes* à derrogação (firmando, assim, uma posição intermediária entre a jurisprudência do Tribunal alemão - que diz ser tarefa exclusiva dos juízes ordinários tal análise - e do Tribunal italiano - que reservou para si esta competência).⁵⁰⁴

⁵⁰¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 312-313. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 50.

⁵⁰² Artículo 5.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985 de 01 de julio, disponible em <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> Acesso em 07 jul. 2008

⁵⁰³ Artículo 5.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

⁵⁰⁴ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. *Op. cit.*, p. 312. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 49.

Explicando o poder conferido a todo sistema jurisdicional espanhol, García de Enterría afirma que o modelo erigido com a Constituição de 1978, embora tenha consagrado um Tribunal especializado nos moldes da teoria kelseniana, não seguiu as demais orientações do autor austríaco. Em verdade, foi o paradigma norte-americano de supremacia constitucional o elemento decisivo que conduziu o processo formador da jurisdição constitucional espanhola contemporânea. Neste sentido, o “(...) monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional es sólo de rechazo o de expulsión de las leyes que contradigan la Constitución, pero no de cualquier aplicación de ésta.”⁵⁰⁵ E a ressignificação da justiça constitucional alcança tão elevado patamar que Balaguer Callejón se dispõe a afirmar que talvez já se tenha chegado a um estágio no qual se mostre “(...) un tanto inútil la diferenciación entre Juez constitucional y Juez ordinario en el sentido de que todos los Jueces son constitucionales.”⁵⁰⁶

O quadro delineado na Itália não alcançou tamanho grau de sofisticação quanto seu correspondente espanhol, especialmente quando se tem em mira seu sistema legislativo. Mesmo assim, também neste país a Constituição tem feito parte do dia-a-dia do Judiciário, ultrapassando os muros da Corte especializada para ingressar na realidade dos juízes ordinários.

A discussão sobre a força normativa da Constituição italiana de 1948 entrou em cena bastante cedo, ainda nos anos 1950, e foi objeto das primeiras manifestações da Corte. Opondo-se aos resquícios de uma teoria constitucional que houvera florescido no período fascista e foi mantida viva pelo Judiciário italiano nos primeiros anos de existência de sua atual Constituição,⁵⁰⁷ a Corte precisou, num primeiro momento, afirmar seu próprio poder,

⁵⁰⁵ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. *Op. cit.*, p. 309.

⁵⁰⁶ CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución...* *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁰⁷ É curioso notar que o tênue consenso alcançado para elaborar e promulgar a Constituição do pós-Guerra não perdurou. Por força de (tradicionais) divergências políticas que inviabilizavam a aprovação, pelo Parlamento, dos nomes indicados para compô-la, a Corte italiana somente começou a funcionar *oito anos* após sua instituição. Apenas em 1956, especificamente no dia 23 de abril, a Corte realizou sua primeira sessão. Durante o

afastando quaisquer dúvidas acerca de seu papel e da amplitude de sua atuação.⁵⁰⁸ Assim procedendo, contribuiu para que a Constituição não fosse eclipsada pelo regramento infraconstitucional originário no regime fascista, cuja autoridade muitas e poderosas vozes defendiam, restringindo a força normativa da Lei Maior.

Semelhantes questões ocuparam a Corte italiana em suas primeiras décadas de funcionamento, de sorte que, somente anos mais tarde seus olhos se voltaram para o tema das possibilidades criadoras da jurisdição constitucional e da atuação dos juízes ordinários. Daí em diante, um conjunto de medidas foi sendo colocado em prática, somando-se aos poucos até que se pudesse identificar uma clara opção por fortalecer a atuação jurisdicional pela via difusa, numa repartição de tarefas entre Corte Constitucional e juízos ordinários.

Preocupada em garantir que a Constituição adentrasse definitivamente na ordem jurídica, influenciando com seus valores a interpretação das normas legais, a Corte começou a levar a extremos as possibilidades hermenêuticas, sempre com o propósito de melhor acomodar ao plano constitucional a normativa legal. Assim é que, já há alguns anos, variados julgados expressam a premissa de que “(...) le leggi non si dichiarano incostituzionali se esiste la possibilità di dare loro un significato che le renda compatibili con i precetti costituzionali.”⁵⁰⁹

lapso temporal assinalado, a defesa jurisdicional da Constituição ficou a cargo dos juízos ordinários, que exerciam controle pela via difusa, com amparo na Disposição Constitucional Transitória n.º VII. Neste período, o controle de constitucionalidade foi raramente exercido, desenvolvendo-se, especialmente junto à Corte de Cassação, doutrina extremamente reducionista, que acabava por limitar sobremaneira a normatividade constitucional. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 78. GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 166.

⁵⁰⁸ Informa Guastini que, na decisão 1/1956, a Corte afirmou: “En primer lugar, que la distinción entre norma preceptivas y normas programáticas y/o de principio carecía de cualquier relevancia práctica en las controversias de legitimidad constitucional de las leyes: una ley es inconstitucional no solo cuando contradice directamente una norma preceptiva, sino también cuando entra en conflicto con un principio o con una norma programática. En segundo lugar, que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la legitimidad constitucional de cualquier ley, poco importa se es anterior o sucesiva a la Constitución.” GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.*, p. 167.

⁵⁰⁹ *Sentenza 85/2007*. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 mai. 2008. Sobre o tema trata LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l’interpretazione ‘conforme

Em um primeiro momento, esta convicção foi conjugada à necessidade de ampliar a força vinculante de suas decisões, ainda na esteira do processo de afirmação dos poderes da Corte. Este movimento deu vida à prática das *sentenças interpretativas*, expressão que denomina um conjunto de técnicas de decisão que se presta a alargar as possibilidades hermenêuticas de análise dos textos legais e constitucional, além de incrementar a força vinculante de suas sentenças.

As manifestações acerca da constitucionalidade das leis submetidas à Corte Constitucional italiana somente possuem eficácia *erga omnes* quando esta reconhece a invalidade das mesmas, que deixam de ser aplicáveis a partir do dia seguinte à publicação da sentença.⁵¹⁰ Por outro lado, quando rejeita a provocação acerca da inconstitucionalidade, entendendo ausentes quaisquer elementos que permitam identificar a nulidade da norma, sua decisão não se reveste de eficácia geral, de modo que novos *giudizii di legittimità* podem ser propostos.⁵¹¹ Como pondera Laura Sturlese, “Esta alternativa rígida ha creado numerosas dificultades al Tribunal cuando los casos concretos que le fueran sometidos eran particularmente complejos, por razones institucionales y a veces ‘políticas’”.⁵¹²

Assim, com o propósito de suplantar isto que a Corte entende como uma limitação ao seu atuar, passou a desenvolver um conjunto variado de técnicas de julgamento com a

a'. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 4, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 ago. 2007.

⁵¹⁰ Assim dispõe a Constituição Italiana:

Art. 136.

Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Interessante notar que se admite, por intermédio de revisão constitucional (na forma prevista no artigo 138 da Constituição Italiana), afastar da ordem normativa maior a incompatibilidade, permitindo à lei já reputada inconstitucional readquirir validade. Assim se lê em explicações disponibilizadas pela própria Corte acerca de seu funcionamento. Cos'è la Corte Costituzionale Italiana. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 13 out. 2005.

⁵¹¹ STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada*. Organización do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993. p. 174.

⁵¹² STURLESE. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Op. cit.*, p. 174.

finalidade de ampliar a autoridade e a vinculação a suas decisões.⁵¹³ São pronunciamentos que, ultrapassando de longe a idéia de um *legislador negativo*, procuram construir um novo perfil para o controle de constitucionalidade. Aí entram as sentenças *aditivas*, onde, por meio de *interpretação conforme a constituição*, *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, *modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade* e outros métodos decisórios, os juízes constitucionais constroem o direito e dão forma à Constituição por meio de uma atividade eminentemente interpretativa.⁵¹⁴

No correr dos anos 1980 a Corte começou a se abrir mais ao diálogo com os juízes ordinários, passando a aceitar que estes também participassem do processo interpretativo constitucional, no que se convencionou denominar a *dottrina del diritto vivente*. Novas formas de sentenças interpretativas entraram em cena, agora não apenas com o propósito de aumentar a força vinculante de suas decisões, mas, principalmente, de conceder espaços para a manifestação dos demais órgãos julgadores. Vários de seus pronunciamentos passam, então, a ter por finalidade consolidar entendimentos construídos nos tribunais, mediante *decisões corretivas*, com as quais busca identificar, dentre as variadas interpretações forjadas em outras instâncias jurisdicionais, a que lhe pareça mais adequada.⁵¹⁵ Por estas manifestações evidencia-se o relacionamento da Corte com os juízes ordinários, já que algumas formas de decisão podem conferir maior ou menor liberdade a esses últimos, na medida em que os vinculam a um posicionamento ou lhes garante liberdade para decidir.

⁵¹³ Como explica Guastini, as sentenças interpretativas referem-se: “(...) a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una - una sola - de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones (...)” GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.*, p. 170-171.

⁵¹⁴ Um exemplo desta prática são as *sentenças interpretativas de admissão*, por meio das quais uma certa interpretação que poderia ser atribuída à norma sob análise é reputada inconstitucional e, portanto, nula, restringindo-se a amplitude dos significados que do texto legal podem ser extraídos. Semelhante decisão, por afirmar, em certa medida, uma inconstitucionalidade, reveste-se de eficácia geral e vinculante. FAVOREU. *As Cortes Constitucionais. Op. cit.*, p. 86.

⁵¹⁵ FLICK, Giovanni Maria. I sessant’anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 11, 2008. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 mai. 2008. 9-11.

Outra medida relevante adotada pela Corte italiana no final da década de 1980, em grande parte motivada pela premência em abreviar o tempo de tramitação dos processos, foi a fixação de critérios mais rígidos para admissão do *giudizio di legittimità in via incidentale* (instrumento utilizado pelo juiz ordinário quando entende necessária a análise de uma questão constitucional pela Corte especializada como requisito para resolução de uma causa), com o que se buscou, obviamente, restringir a quantidade de questões que lhe chegam por este caminho. Além de contribuir para agilizar os trabalhos da Corte, as medidas adotadas tiveram a positiva conseqüência de instigar os juízes a explorar, em máxima medida, as possibilidades interpretativas, buscando adequar as normas legais aos parâmetros constitucionais, em uma postura assemelhada àquela adotada na mesma época por seus pares espanhóis.⁵¹⁶

Mas a experiência por certo mais marcante dentre as várias medidas incorporadas à jurisdição constitucional italiana é a expressa outorga de poderes aos juízes ordinários para analisar a constitucionalidade de normas oriundas do Direito Europeu. Em pronunciamento realizado em 1975, a Corte assentou que existem diferentes esferas de competência a serem preenchidas pelas leis nacionais e comunitárias, de sorte que eventuais conflitos entre estas podem acontecer.⁵¹⁷ Nestas hipóteses, a incompatibilidade entre os diferentes planos normativos representaria violação à regra do artigo 11,⁵¹⁸ da Constituição Italiana, visto que desta se extrai norma de repartição de competências, abrangendo a relação entre os ordenamentos interno e comunitário

Anos depois, já assentada aquela premissa, ao proferir a *Sentenza* n.º 170, de junho de 1984, a Corte deu importante passo em direção a uma verdadeira reestruturação da

⁵¹⁶ Este dado foi destacado por Valério Onida, então presidente da Corte italiana, por ocasião do comunicado anual que este órgão faz à imprensa. ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004*. Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 16 set. 2005. p. 9.

⁵¹⁷ *Sentenza* n.º 232, de 22 de outubro de 1975. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2005.

⁵¹⁸ Art. 11.

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; **consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni**; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo (Grifou-se).

jurisdição constitucional italiana. Nesta oportunidade, reconheceram os juízes constitucionais que a tarefa de verificar a compatibilidade entre normas de direito comunitário e de direito interno caberia aos julgadores ordinários, confiando-lhes a prerrogativa de negar aplicabilidade a norma nacional sempre que conflitante com norma europeia, independentemente de provocação da Corte.⁵¹⁹ Logo no ano seguinte esta teve a oportunidade de reiterar seu ponto de vista, afirmando, na *Sentenza* n.º 113, de 1985, a imediata aplicabilidade das regras comunitárias e a competência dos juízes ordinários para aferir sua compatibilidade com a ordem jurídica interna, a justificar a rejeição do *giudizio di legittimità costituzionale* manejado com esteio na violação da regra do artigo 11, da Constituição Italiana.⁵²⁰

Ao adotar semelhante procedimento, a Corte foi gradualmente conferido aos juizes ordinários a prerrogativa de realizar, com quase exclusividade, o controle da compatibilidade entre os planos normativos, em uma atuação grandemente identificada com um *controle de constitucionalidade em via difusa*, nos moldes norte-americanos. Nas palavras de Guastini, “(...) selon la Cour constitutionnelle, les lois incompatibles avec les règlements communautaires (...) ne sont ni abrogées ni invalides, mais sont, au contraire, inapplicables par les juges nationaux (...)”. Desta sorte, “(...) les juges ordinaires se voient confier une sorte de contrôle diffus de la conformité du droit interne au droit communautaire.”⁵²¹

Luisa Azzena informa que esta postura coaduna-se com o entendimento defendido pela Corte Europeia de Justiça, a qual se mostra pouco favorável à exclusividade do controle concentrado como caminho para dirimir, no plano interno, os conflitos entre ordens jurídicas

⁵¹⁹ *Sentenza* n.º 170, de 05 de junho de 1984. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2005.

⁵²⁰ *Sentenza* n.º 113, de 19 de abril de 1985. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2005. Lê-se na *Sentenza* n.º 168, de 18 de abril de 1991: “L’effetto di tale diretta applicazione (...) non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte dei giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario.” Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2005.

⁵²¹ GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc9/guastini.htm> Acesso em 23 nov. 2005.

nacional e comunitária. Tendo por premissa, sobretudo, a dificuldade de acesso aos Tribunais Constitucionais (especialmente face à pequena quantidade de legitimados) e a demora na solução das questões que lhe são propostas, aquela Corte advoga uma ampliação dos poderes dos juízes nacionais para dirimir os conflitos, conferindo plena e imediata aplicabilidade ao direito europeu.⁵²²

Semelhantes exemplos evidenciam a tese da aproximação entre modelos historicamente dissociados de jurisdição constitucional, erigindo-se na Europa, já há cerca de três décadas, um sistema que claramente conjuga elementos das tradições norte-americana e europeia. Diante de uma compreensão diferenciada acerca do papel das Constituições, os órgãos de atuação jurisdicional têm assumido novas funções, em um claro reconhecimento de que a jurisdição constitucional não se presta apenas para o controle da validade das leis. Dar vida a direitos fundamentais, funcionar como instância de diálogo social, aproximando a Constituição da vida cotidiana, são tarefas que se somam ao rol de responsabilidades dos seus guardiões. E estes, por seu turno, não se têm furtado de se aproximar mais e mais da sociedade, abrindo-se ao diálogo por intermédio de uma instância que as teorias democráticas vislumbram e a teoria do neoconstitucionalismo destaca: o processo judicial desenvolvido nas vias difusas para exercício da jurisdição constitucional.

O que se passa na Europa de hoje poderia servir de exemplo para o Brasil e sua Corte Suprema que, embora sempre busque se abeberar das experiências forjadas no Velho Continente, parece não estar dando muita atenção a este fenômeno de valorização do controle difuso de constitucionalidade. Tema que, como visto, não é propriamente novo, mas fruto de um processo que se desenvolve desde os anos 1980 e que, curiosamente, não tem merecido significativa atenção por parte da teoria e da prática constitucional brasileira. Num momento em que o sistema difuso de jurisdição constitucional encontra-se sob tão cerrado ataque, seria

⁵²² AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 02 jun. 2005. p. 4-6.

extremamente relevante se as lições construídas em outros países fossem consideradas e debatidas, de preferência antes deste modelo ser definitivamente abandonado em favor do controle exclusivamente concentrado, que a experiência europeia mostrou ser insuficiente ao atendimento das necessidades criadas por Constituições como a que o Brasil promulgou em 1988.

Não se entenda, com a defesa aqui feita do sistema difuso, que o concentrado deva ser repudiado a qualquer custo. Em verdade, a coexistência dos modelos tem se mostrado possível, como o evidenciam as experiências brevemente descritas de dois países que sequer prevêm em suas ordens jurídicas positivas o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa. E não se pretende, afirme-se mais uma vez, fechar os olhos para os problemas que este sistema apresenta. Uma Suprema Corte que, como tem se repetido regularmente no Brasil, precisa julgar cerca de 100.000 processos por ano não pode funcionar bem e, certamente, precisa contar com mecanismos que filtrem a chegada de tantos casos. Isto, contudo, deveria ser feito sem levar à aniquilação do controle difuso, sem tolher a liberdade interpretativa dos juízes ordinários, sem concentrar nos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal a árdua tarefa de sozinhos fixar os conteúdos normativos da Constituição.

Fechar esta importante via comunicativa, por cujo intermédio é possível levar aos espaços públicos de debate tantos problemas que cotidianamente se acumulam, não é uma solução que se coadune com o ideal democrático que norteia a nação. Uma democracia participativa, que valoriza o debate social e a formação de consensos que respeitem as diferenças, permitindo a convivência na diversidade, precisa contar com canais institucionais como o encontrado no sistema difuso de jurisdição constitucional. O Brasil já conta com este instrumento, inscrito na tradição constitucional do país há mais de um século. Resta conservá-lo e valorizá-lo, reconhecendo-lhe as potencialidades transformadoras que o cenário do constitucionalismo democrático atual lhe conferem.

CONCLUSÃO

Dentre as teses correntemente invocadas para explicar o funcionamento e conferir legitimidade a regimes democráticos, ganham espaço aquelas que reconhecem nas Constituições um momento basilar para a coexistência em sociedades plurais, fornecendo as condições para inserir os mais diversos segmentos que compõem o universo social e, assim, permitir a convivência na diversidade, com respeito às diferenças. Neste sentido, confere-se um significado inclusivo à idéia de democracia, que se apresenta como um regime no qual encontram espaço indivíduos e grupos variados, com origens, concepções, crenças e expectativas diferentes.

As Constituições atuais, voltadas ao atendimento de necessidades típicas de sociedades plurais, caracterizam-se por sua flexibilidade para acomodar tensões latentes, oferecendo alternativas para os conflitos típicos desta espécie de organização social. Neste sentido, trazem como traço comum o acolhimento de uma pauta de valores larga o bastante para contemplar reivindicações de grupos diversos que precisam coexistir pacificamente, abrindo espaço para criar condições que permitam controlar as potenciais disputas entre interesses antagônicos.

Isso se dá pela valorização dos direitos fundamentais, que se apresentam como garantias para a liberdade individual e requisito para participação dos cidadãos nos espaços públicos de debate. A positivação destes direitos, em larga escala, nos textos constitucionais e o reconhecimento de força normativa e sua direta aplicabilidade às relações humanas é o

elemento que conecta a teoria deliberativa da democracia e a teoria do neoconstitucionalismo, apresentando-se como ponto comum a ambas.

Ao se proporem a reger relações sociais, estipulando concretamente direitos fundamentais capazes de regular situações cotidianas, as Constituições passam a fazer parte do dia-a-dia das pessoas, aplicando-se seus dispositivos aos mais variados problemas individuais e coletivos. Este é um dos mais marcantes traços do modelo constitucional que se passa a delinear nos anos seguintes ao final da Segunda Guerra Mundial, momento em que se inicia um processo de substancial mudança de rumos na relação entre Estado e sociedade, marcada pela crescente reivindicação por um sistema que garanta proteção a pessoas e grupos minoritários e participação na vida política estatal. Ou, uma realidade onde democracia não seja apenas uma promessa, uma palavra cujo significado possa ser manipulado conforme interesses momentâneos.

O alargamento das Constituições, que passam a contar em seu corpo com uma série de novas responsabilidades, distribuídas tanto para governos quanto para os próprios cidadãos, somado ao reconhecimento de uma eficácia objetiva aos direitos fundamentais, provocou o desenvolvimento de uma diferente compreensão acerca de seu papel no dia-a-dia do Direito. A incidência direta de dispositivos constitucionais, notadamente aqueles que estipulam direitos fundamentais, aos litígios cotidianos faz com que a tarefa de interpretar e aplicar o texto constitucional passe a fazer parte da atividade regularmente exercida por todos que lidam cotidianamente com normas e obrigações jurídicas. Isso afeta especialmente o Judiciário que, em um crescente número de situações, se vê chamado a aplicar a Constituição.

A atividade interpretativa desempenhada pelos chamados juízes ordinários (aqueles que não detêm com exclusividade a competência de realizar o controle de constitucionalidade), em conjunto com o trabalho dos demais atores que dão forma aos processos judiciais, ganha vulto neste cenário, apresentando-se como elemento essencial ao

acontecer das Constituições. Isto porque estes personagens encontram-se obrigados a analisar os problemas cotidianos que demandam a busca por soluções na normativa constitucional, na interpretação e aplicação de dispositivos que materializam direitos fundamentais, habilitando-os a regular efetivamente os problemas sociais e dar respostas às reivindicações dos indivíduos.

A partir desta realidade, que se vem construindo no universo constitucional há algumas décadas, notadamente após 1945 (e que desembarca no Brasil com a Constituição de 1988), passa a ser possível identificar para a jurisdição constitucional uma nova tarefa, que se soma à tradicional de analisar a validade de leis face à Constituição: garantir a aplicação dos comandos nesta inscritos às situações concretas da vida, permitindo que o plano normativo lá traçado penetre definitivamente na realidade social.

Para que isto aconteça, contudo, é preciso que a jurisdição constitucional esteja próxima e acessível aos cidadãos, pronta a receber suas reivindicações, independentemente da capacidade de articulação política dos indivíduos, sob pena das necessidades concretas da vida jamais chegarem aos ouvidos do Estado, frustrando a efetividade dos direitos constitucionais. Esta característica exalta a insuficiência dos modelos de controle concentrado de constitucionalidade, nos quais o acesso aos órgãos dotados desta competência é sempre restrito a situações e pessoas específicas, a demandar grande capacidade de organização política dos grupos sociais para alcançarem tal instância.

Outro problema deste sistema é o reduzido grau de abertura ao diálogo social, pois as questões são formuladas por órgãos públicos ou entidades que, não raro, possuem uma capacidade de representação muito reduzida e, na condição de intermediários entre a sociedade e o Estado, impedem a direta manifestação individual. E se a propositura das causas perante as Cortes Constitucionais restringe a participação social, a seqüência dos ritos

processuais segue a mesma linha, estreitando a possibilidade de interferência especialmente daqueles que não compõem algum grupo suficientemente organizado.

Por tais motivos, a teoria do neoconstitucionalismo tem valorizado as vias difusas para exercício da jurisdição constitucional, enxergando nestas um canal por cujo intermédio é possível facultar o acesso dos cidadãos ao Estado, valendo-se do processo judicial como procedimento para participação neste que se apresenta como um eficiente espaço público de diálogo. As discussões travadas neste meio, por sua natural abertura ao ajuizamento de simultâneos processos, permitem que variados pontos de vista sejam levados à praça pública, diversas soluções sejam apontadas e debatidas, tudo sob o rígido controle das regras procedimentais que informam o processo judicial. Regras que podem ser usadas para controlar excessos, egoísmos e paixões, permitindo que os consensos sociais por este meio construídos não venham a atentar contra interesses diversos, especialmente de grupos minoritários. Este é, portanto, um caminho que permite conciliar os valores plurais que precisam coexistir em sociedades que se propõem a defender a diversidade.

As instâncias máximas em matéria de jurisdição constitucional, neste cenário, teriam a função de colher os dados produzidos no debate público e, a partir deles, construir decisões que da melhor maneira possível reflitam um equilíbrio entre os pontos de vista naturalmente diversos que tendem a se apresentar. A legitimidade de suas decisões viria, então, não de sua força ou da sabedoria de seus membros, mas da sua capacidade de dar voz às vontades sociais consensualmente formadas, identificando, dentre os divergentes interesses postos à mesa, aqueles que permitam, na maior maneira possível, conciliar as diferenças.

Alguns países europeus têm adotado semelhante postura, permitindo que seus órgãos judiciais ordinários realizem uma jurisdição de natureza constitucional, permanentemente preocupada em interpretar e aplicar direitos fundamentais às relações sociais, com o que se completa o movimento de transposição da normativa constitucional rumo à vida das pessoas.

É uma tendência que se pauta no acolhimento, pela prática constitucional européia, de elementos típicos do pensamento jurídico norte-americano, que desde sempre percebe na Constituição um momento de proteção a direitos, colocando-se a ordem jurídica como dado prévio e fundamento da realidade política, que àquela se submete.

Estas idéias, que não se limitam a uma construção acadêmica, mas têm sido colocadas em prática por sistemas que há muito são invocados como referências para o universo jurídico brasileiro, precisam ser consideradas por aqueles que defendem a redução do campo de abrangência do sistema difuso de jurisdição constitucional no Brasil. De fato, diante deste quadro, é possível afirmar que o país corre o risco de caminhar na contra-mão da tendência que se constrói no cenário europeu, estando a importar um sistema de jurisdição constitucional concentrada em moldes que vêm sendo abandonados por seus criadores.

Mas raras são as vozes que se ocupam em alertar para o fato de os países freqüentemente invocados como exemplos do sucesso do modelo concentrado estarem, já há cerca de duas décadas, abrindo cada vez mais as portas à atuação de seus juízes ordinários, permitindo-lhes e, mesmo, obrigando-os a exercer uma atividade jurisdicional pautada na interpretação e aplicação de comandos constitucionais.

Independentemente de se querer, ou não, ter no exemplo de fora uma referência, fato é que o atual constitucionalismo - com suas características de valorização do pluralismo e dos direitos fundamentais e da admissão de sua direta incidência sobre os fatos e litígios da vida diária - não pode prescindir de instrumentos capazes de permitir que as situações que chegam ao conhecimento do Estado via poder Judiciário sejam resolvidas mediante a interpretação do texto constitucional à luz de problemas concretos e realidades cambiantes. É fato, também, que regimes democráticos não podem dispensar um canal institucional como o ora analisado, estruturalmente aberto e próximo às pessoas, capaz de propiciar o diálogo social dando voz às mais variadas reivindicações, dotado de regras claras para controle do uso público da razão,

tudo isso a permitir que se construam consensos sustentáveis que dificilmente impliquem em mácula a interesses de grupos minoritários.

Assim é que, segundo tais fundamentos, mostra-se imprescindível não só manter vivos, mas ampliar as possibilidades e o campo de abrangência dos mecanismos que permitem o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa. Os problemas práticos que deste campo emergem devem ser solucionados sem o sacrifício do sistema: há que se pensar em formas de reduzir o excesso de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal sem tolher o debate que pode ser desenvolvido neste espaço; deve-se rever a noção de que decisões antagônicas, oriundas de diversos órgãos jurisdicionais, são algo necessariamente ruim. Afinal, a diversidade de opiniões que costuma surgir no debate judicial apenas reflete os pontos de vista conflitantes que convivem em sociedades plurais e formam o caldo de cultura do qual podem ser extraídos consensos socialmente sustentáveis.

Fortalecer um único órgão estatal, submetendo a todos a suas decisões sem que estas sejam produtos de um debate público aberto à ampla participação social, significa uma ameaça à democracia, o que deve ser visto com muito cuidado. Impõe-se, assim, a retomada do debate acerca dos rumos que se pretende conferir à jurisdição constitucional brasileira, especialmente ante a sucessão de medidas, legislativas e jurisprudenciais, que seguidamente têm sido adotadas no Brasil, todas voltadas a concretizar um projeto de concentração de poderes na Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

ABERNATHY, Charles F. The lost European aspirations of U.S. constitutional law. *German Law Journal*. v. 4 n. 6, June 2003. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=277> Acesso em 05. nov. 2007.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. Fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro R. de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. Marbury vs. Stuart. Trad. Maria Valvidares. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ÁLVAREZ, Leonardo Álvarez. La defensa de la constitución durante el periodo de entreguerras. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 7, 2006. Disponível em <http://hc.rediris.es/07/index.html> Acesso em 11 set. 2006.

AMADO, Juan Antonio García. Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría. Revista de filosofía moral y jurídica*. Madrid: Instituto de Filosofía. n. 35, jul./dic. 2006.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 02 jun. 2005.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. 1. ed. reimpressão. Trad. J. M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional. in SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Coord.) *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BARBOSA, Rui. *Pensamento e Ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). in BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECK, Ulrich. *Pouvoir et Contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*. Trad. Aurélie Duthoo. Paris: Flammarion, 2003.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the bar of politics. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco A. Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. La Democracia como Principio Constitucional. *in Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORK, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 20. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. Uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMERON, W. S. K. On communicative actors talking past one another: the Gadamer-Habermas debate. *Philosophy Today*. Los Angeles: Loyola Marymount University. n. 40, spring 1996.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-civil no Contexto do Direito Pós-moderno. in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade

das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHAUI, Marilena. Quem tem medo do povo? A plebe e o vulgar no 'Tratado Político'. *in Política em Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

COMELLA, Victor Ferreres. *Las Consecuencias de Centralizar el Control de Constitucionalidad de la Ley en un Tribunal Especial*. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. Disponível em <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf> Acesso em 07 fev. 2008.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Loura Silveira. *in* MORAES, João Quartim (org.). *Revista Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM/UFRGS. n. 2, 1985.

CONSTANT, Benjamin. Princípios de Política. *in Escritos de Política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Trad. Alcides Cruz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORRAL, Benito Aláez. Constituciones Históricas. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 5, junio 2004. Disponível em <http://hc.rediris.es/05/Numero05.html>. Acesso em 10 ago. 2006.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização do Estado Social*. Disponível em <http://www.ihj.org.br> Acesso em 10 mai. 2005.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

DELEUZE, Gilles. *Espinosa. Filosofia prática*. Trad. Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. São Paulo: Escuta, 2002.

DENNINGER, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

DENNINGER, Erhard. Stato di prevenzione e diritti dell'uomo. in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

DENNINGER, Erhard. 'Segurança, Diversidade e Solidariedade' ao invés de 'Liberdade, Igualdade e Fraternidade'. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG. n. 88, dez. 2003.

DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales*. v. II. Madrid: Marcial Pons, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DUGUIT, Léon. *Soberania y Libertad*. Trad. José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran, 1924.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. 14. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

ESMEIN, Adhemar. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 5. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1909.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

FLICK, Giovani Maria. I sessant'anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 11, 2008. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 mai. 2008.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FROMONT, Michel. La Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne. Présentation de la Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 15, mars/septembre 2003. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc15/al11.htm> Acesso em 10 nov. 2005.

FROSINI, Tommaso Edoardo. *Sovranità Popolare e Costituzionalismo*. Milano: Giuffrè, 1997.

FROSINI, Tommaso Edoardo. *Elogio del Costituzionalismo*. Disponível em <http://www.forumcostituzionale.it> Acesso em 22 set. 2005.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Le Istanze Democratiche nel Processo di Costituzionalizzazione Europeo. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 02 jan. 2006.

FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Trad. Luiz Marques e Martha Gambini. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCÍA, Pedro de Vega. Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 7, enero/febrero 1979.

GARCÍA-PEJAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. *O Que é Democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2ª edição. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution? in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm> Acesso em 23 nov. 2005.

GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. in *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el Concepto de Constitución. in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 13 mai. 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. Trad. Francisco Balaguer Callejón. in HÄBERLE, Peter et alii (org.). *La Constitucionalización de Europa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Hermenêutica Filosófica. Leitura tradicionalista e leitura crítica. in *Dialética e Hermenêutica*. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliação por meio do uso público da razão. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Hiltomar M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HELLER, Hermann. *La Soberanía*. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Trad. Mario de la Cueva. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. n. 86, oct./dic. 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of the pure politics worldwide. *Fordham Law Review*. v. 75, n. 2, nov. 2006. Disponível em <http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf> Acesso em 04 mai. 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

JAMES, William. O que significa o Pragmatismo. in *Pragmatismo*. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JAUME, Lucien. Sieyès et le Sens du Juri Constitutionnaire: une reinterprétation. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 3, jun. 2002. Disponível em <http://hc.rediris.es/03/Numero03.html> Acesso em 05. out. 2006.

JAUME, Lucien. Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 4, jun. 2003. Disponível em <http://hc.rediris.es/04/numero04.html> Acesso em 11 set. 2006.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Montijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973.

JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Trad. Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale de la costituzione. in *La Giustizia Costituzionale*. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giufrè, 1981.

KELSEN, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (La justicia constitucional). Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? in *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Paris: Marcel Giard & Cia., 1921.

LANCHESTER, Fulco. La costituzione tra crisi di regime e recessione del principio della rappresentanza política. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 24 mar. 2008.

LAQUIÈZE, Alain. La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXème et du XXème siècles. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n. 6, jun. 2005. Disponível em <http://hc.rediris.es/06/index.html> Acesso em 11 set. 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *Que es una Constitución?*. Trad. W. Roces. Madrid: Cenit, 1931.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

LEVINSON, Sanford. Law as literature. in GARVEY, John H.; ALENIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory. A reader*. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Momento Monárquico. O poder moderador e o pensamento político imperial*. Tese de Doutorado em Ciência Política. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro - IUPERJ. Rio de Janeiro, 2007.

LOCKE, John. O Segundo Tratado do Governo. in *Dois Tratados sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986.

LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 4, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 ago. 2007.

MALBERG, R. Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. t. 1. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

MARMOR, Andrei. Are constitutions legitimate? *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007.

MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da economia política. v. I. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2004.

MAULIN, Éric. Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution Française. *Annales Historiques de la Révolution Française*. n. 328. Disponível em <http://ahrf.revues.org/document583.html> Acesso em 11 set. 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo: CEBRAP. n. 58, nov. 2000.

MCBAIN, Howard Lee. *The Living Constitution*. A consideration of the realities and legends of our fundamental law. New York: MacMillan Company, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 135, jul./set. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. n. 162, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.idp.org.br>. Acesso em: 11 mar. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. tomo II. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1933.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa. n. 2, jul./dez. 1994. Disponível em <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf> Acesso em 28 mar. 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NELSON, William E. *Marbury v. Madison*. The origins and legacy of judicial review. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004*. Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 16 set. 2005.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAZ, Joseph. Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007.

REGONINI, Gloria. Estado do Bem-estar. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2004.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *A Democracia na Alemanha*. História e perspectivas. Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1985.

REYES, Manuel Aragón. La Constitución como Paradigma in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotá, 2007.

ROCHA, Leonel Severo da. *A Democracia em Rui Barbosa*. O projeto político liberal-racional. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*. New York: Oxford University Press. v. 2, n. 4, oct. 2004.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick C. Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Tecnos, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho*. Bogotá: Temis, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. in CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

SCHAUER, Frederick. La Categorización, en el Derecho y en el Mundo. Trad. Juan A. P. Lledó. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. v. 28, jan. 2005.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. 5. ed. Brasília: UnB, 2004.

SCHMITT, Karl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996.

SCHMITT, Karl. *O Guardião da Constituiçãõ*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SEGADO, Francisco Fernández. La defensa jurídica de la constitución. *in Estudios Jurídico-constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

SEGADO, Francisco Fernández. 'Fetichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges.' Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958). *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 3, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 07 fev. 2007.

SIEYÈS, Emmanuel. Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional. Trad. Ramón Maiz. *in Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad. Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SMEND, Rudolf. La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. *in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SMEND, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. *in Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional da Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPINOZA, Baruch. *Tratado Político*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em 29 out. 2007.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso*. Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br> Acesso em 10 jan. 2008.

STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada*. Organização do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. *in* GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. A reader. 4. ed. Minnesota: West Group, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Tomo I. Trad. Carlos Cerrillo Escobar. Madrid: Daniel Jorro, 1911.

TORCHIA, Luisa. *Modelli di sovranità, fra Unione europea e Argentina*. Disponível em <http://www.forumcostituzionale.it> Acesso em 21 set. 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*. n. 101, Aug. 2003.

TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring 2005. Disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248> Acesso em 27 set. 2007.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. El Estado Social y el Derecho Político de los Norteamericanos. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 2, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WACHTEL, Howard M. *Os Mandarins do Dinheiro*. As origens da nova ordem econômica supranacional. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. v. 115, abril 2006. Disponível em <http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html> Acesso em 12. nov. 2007.

WALUCHOW, W. J. A common law theory of judicial review. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. n. 1, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. in CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Antonio C. de Moncada. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)