

Carlos Bruno Ferreira da Silva

**O Guardião da Constituição no  
Estado Democrático de Direito**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do  
Estado e Direito Constitucional

Rio de Janeiro  
Abril de 2005

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
DO RIO DE JANEIRO



**Carlos Bruno Ferreira da Silva**

**O Guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RIO como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro

Abril de 2005



**Carlos Bruno Ferreira da Silva**

## **O Guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. José Ribas Vieira**

Orientador  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Ana Lucia de Lyra Tavares**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**

Departamento de Direito – UGF/RJ

**Prof. João Pontes Nogueira**

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 6 de abril de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

### **Carlos Bruno Ferreira da Silva**

Graduou-se em Direito na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) em 1999. Foi Defensor Público do estado do Rio de Janeiro e 1º. Colocado no X concurso para o provimento do cargo de Juiz Federal substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. É atualmente Procurador da República, lotado no estado do Rio de Janeiro, atuando primordialmente na tutela coletiva do Patrimônio Público e na Procuradoria dos Direitos do Cidadão.

#### Ficha Catalográfica

Silva, Carlos Bruno Ferreira da Silva

O Guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito/ Carlos Bruno Ferreira da Silva; orientador: José Ribas Vieira. – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2005.

v., 113 f.: il.; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Constitucionalismo. 3. Guardião da Constituição. 4. Direito Democrático. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 004

Para meus pais, Carlos Alberto e Dayse, pelo apoio e confiança, e para minha namorada Keity, pela paciência e carinho em todos os momentos.

## **Agradecimentos**

A Deus, que sempre me inspira a seguir na Sua vontade e à Santa Rita de Cássia, que nunca me abandona.

Ao meu orientador Professor José Ribas Vieira pelos excepcionais estímulo, exemplo, auxílio e tempo que me concedeu para a realização deste trabalho.

Aos meus pais, pela educação, atenção e carinho de todas as horas.

Ao meu professor Antonio Carlos Cavalcanti Maia, pelos importantes ensinamentos que ajudaram a traçar os meus caminhos.

À professora Ana Lucia de Lyra Tavares, pela presença nesta banca examinadora e pelo exemplo de professora e amiga com que nos presenteia a cada dia.

À professora Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, pela atenção e desprendimento de proporcionar a contribuição de seus vastos conhecimentos com a sua presença na aferição desta dissertação.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, na pessoa dos ilustres mestres com quem tive o prazer de conviver e aprender durante estes dois anos de especialização, especialmente a Alejandro Bugallo Alvarez, Gisele Guimarães Cittadino e Nádia de Araújo.

Ao meu amigo Antonio do Passo Cabral, pelo aconselhamento e conhecimento, sempre preciosos.

Aos meus colegas da PUC-Rio, especialmente ao futuro mestre Júlio Dubeux, pela amizade e pela atenta revisão que muito aperfeiçoou a presente dissertação.

A todo o pessoal do Departamento de Direito pela dedicação e ajuda recebidas, especialmente ao querido Marcos, sempre prestimoso, independente de quão custosa fosse a solicitação.

A todos os amigos e familiares que de uma forma ou de outra me estimularam ou me ajudaram.



## Resumo

Silva, Carlos Bruno Ferreira da; Vieira, José Ribas. **O Guardião da Constituição no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro, 2005. 113 p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Ao ensejo do bicentenário do julgamento histórico de “*Marbury vs. Madison*” nota-se o fato de que a realidade da Justiça Constitucional é marcada por essa posição de guardião maior da Constituição ser exercida sem praticamente qualquer crítica. No entanto, essa presença notadamente do Poder Judiciário no sentido de sua supremacia na prevalência do texto constitucional foi fundamentada em pressupostos de legitimidade que não se apresentam mais nos Estados Democráticos de Direito. Desta forma, é objetivo desta dissertação comprovar que o atual estágio de conformação dos ordenamentos constitucionais, de caráter compromissário e com a utilização de técnica principiológica, impede que estes tribunais atuem de forma plena sem que sua função de guarda seja repartida com outros poderes e com toda a sociedade. A metodologia utilizada será bibliográfica, com análise histórica e comparativa e utilização de modelos analíticos. A abordagem será inicialmente científica, com proposições dogmáticas na conclusão, sendo as fontes de pesquisa basicamente doutrinárias, com o estudo das normas constitucionais referentes ao tema permeando o trabalho e com aporte de jurisprudências selecionadas do STF ao final.

## Palavras-chave

Guarda da Constituição; Suprema Corte; *Judicial Review*; Estado Democrático de Direito; Neoconstitucionalismo.

## **Abstract**

Silva, Carlos Bruno Ferreira da; Vieira, José Ribas (Advisor). **The Guard of the Constitution in the Democratic State**. Rio de Janeiro, 2005. 113 p. MSc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Constitutional Courts had arrived at the bicentennial of the historical judgment of Marbury versus Madison with its position of greater guardian of the constitution without any substantial critics. However, this position of the Judiciary Branch as the great and last defender of the respect to the text of the Constitution was based on a legitimacy that does not exist anymore in our Democratic States. So, it is objective of this dissertation to prove that current constitutional orders, characterized by compromise and use of principles, hinders that these courts can't act in a full form without that function of guardian be distributed with other branches and all the society. The used methodology will be bibliographical, with historical and comparative analysis and use of analytical models. The treatment will be initially scientific, with proposals in the conclusion, being the sources of research basically doctrinal, with the study of the referring constitutional rules to the subject passing through the work, and discussing selected decisions of the STF to the end.

## **Keywords**

Guardian of the Constitution; Supreme Court; Judicial Review; Democratic State; Newconstitucionalism.

## SUMÁRIO

1.Introdução	11
2 Modelos de Guarda da Constituição	18
2.1 O modelo “conservador”	18
2.1.1 O processo de construção do <i>Judicial Review</i>	18
2.1.2 A guarda da Constituição no modelo do <i>judicial review</i> do direito norte-americano	22
2.2 O modelo “populista” - O Controle Político no modelo francês	29
2.3 O debate Kelsen-Schmitt	32
2.3.1 A Guarda da Constituição em Hans Kelsen	32
2.3.2 A guarda da Constituição em Carl Schmitt	39
2.4 Críticas aos modelos	42
2.4.1 O Dilema Contra-Majoritário	42
2.4.2 Crítica ao modelo “populista”	44
2.4.3 Conclusão	45
3 O Estado constitucional e o Neoconstitucionalismo	47
3.1 A função das constituições no Estado de Direito característico do século XIX e no Estado Democrático de Direito do século XX	48
3.1.1 Estado de Direito versus o Estado Democrático de Direito	50
3.1.2 Constituição e Democracia	53
3.2 A mudança no paradigma da função judicial: da interpretação à ponderação	56
4 Uma alternativa de atuação jurisdicional	65
4.1 Introdução	65
4.1.1 Modelos históricos republicanos	66
4.1.2 A mudança na concepção da “liberdade” no republicanismo: “liberdade como não dominação” ao invés de “liberdade como não interferência”	68

4.2 A estrutura de governo republicana	69
4.2.1 O Juiz Republicano	72
4.3 Institutos em prol de uma Guarda da Constituição Republicana	76
4.3.1 Jurisdição Constitucional Procedimentalista – A Jurisdição não Juriscêntrica	77
4.3.2 Defensor do Povo: contribuição do instituto romano do Tribunado da Plebe	87
4.3.2.1 Em que consiste o “Defensor do Povo”?	88
4.3.2.2 O “Tribunado da Plebe” da Roma Clássica e o “defensor civitatis” do Império Bizantino	89
4.3.2.3 O quadro legislativo brasileiro e a rejeição da introdução do instituto na Constituição Federal de 88.	90
4.3.2.4 O defensor do povo na guarda da Constituição	92
4.3.3 A presunção de constitucionalidade como Deferência ao Poder Legislativo	94
4.3.3.1 A utilização do “princípio da razoabilidade” pelos tribunais	94
4.3.3.2 A presunção de constitucionalidade e a “democracia de direitos”	97
5 Conclusão	100
6. Referências Bibliográficas	104

# 1

## Introdução

Expresso no *caput* do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil está que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”, estando a seguir descritas as várias atribuições da corte máxima de nosso país, a começar pelo processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Porém igualmente abrigado no texto da Carta Magna há o pouco discutido inciso I do artigo 23 da própria lei fundamental, que estatui: “Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;”.

Se por um lado é claro que a principal função da nossa Suprema Corte é a defesa do “plano constitucional”, não é evidente o inverso desta sentença, ou seja, de que a principal entidade que cuida da Carta Magna é a mais alta Instância do Judiciário. Ressalte-se que a inexistência de exclusividade nesse múnus é aceito pela doutrina<sup>1</sup> (embora sem ser tratado com muito relevo), quando aponta nas funções das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas e no instituto do veto presidencial importantes esferas de controle (preventivo) da constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Também as funções do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade ao exercer, segundo a dominante “Teoria da Facultatividade”, juízo político na suspensão ou não da lei incidentalmente declarada constitucional, são citadas nesse sentido. Por último, podemos apontar a possibilidade do chefe do Poder Executivo em deixar de cumprir regramentos no seu entender manifestamente inconstitucionais como mais um sinal de que a guarda da Constituição abrange todas as esferas do poder

---

<sup>1</sup> BARROSO, L. R.. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 62 et. seq.

indistintamente<sup>2</sup>. A interpretação da relação entre as normas constitucionais citadas permeará toda a abordagem deste trabalho, sendo na conclusão estabelecido o posicionamento que o autor considera mais adequado, o que se pretende comprovar ao longo da dissertação.

Há certas características do *judicial review* que adotamos e que poderiam fazer supor uma indelével supremacia do Poder Judiciário na abordagem desta questão. Poderíamos citar, notadamente, a indisputabilidade das decisões por si tomadas na ações julgadas em última instância, seja em sede de controle difuso ou concentrado, a possibilidade dada pela Lei 9868/99 de se utilizar o instituto da “reclamação” para implementar o decidido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como já ocorria nas Ações Diretas de Constitucionalidade, o entendimento de este tratar-se de “jurisdição em abstrato” e a própria quase totalidade de concentração do controle *a posteriori* em sede judicial.

Estes institutos são um demonstrativo do caráter externo de funcionamento da “guarda”. No entanto é objetivo desse projeto demonstrar que não deveriam ser encarados como significativos de preponderância do Poder Judiciário neste mister. Pelo contrário, na leitura dos autores fundamentais ao surgimento do modelo tanto no sistema da *common law* quanto da *civil law* será possível observar as limitações que estes impunham às sentenças invalidatórias de atos legislativos, num primeiro corte metodológico que busca traçar o modelo histórico subjacente aos modelos jurídicos americano e europeu, que é neste momento do projeto, eminentemente histórico e comparativo. Esta autolimitação, que originalmente era evidente como inerente ao modelo, pode explicar porque, inobstante os exemplos apontados no parágrafo anterior, é possível verificar que a própria lei sobre o controle concentrado não inclui entre os vinculados pelo decidido nem o Poder Legislativo nem a própria Corte Constitucional.

A preocupação do mestrando que ensejou o interesse em desenvolver o tema se dá pela verificação da pouca discussão que ocorre na academia e fora dela em relação a essa atuação do Supremo Tribunal como verdadeiro tutor de uma sociedade sem capacidade para impor a sua razão no debate das políticas públicas

---

<sup>2</sup> E na história constitucional brasileiro, relevo adquirir, nesse sentido, a disposição da Constituição de 1937 que permitia ao Presidente da República submeter as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF ao Congresso Nacional, podendo estas serem superadas pelo voto de 2/3 de seus membros.

a ela aplicadas. Este cenário, presente igualmente nos países mais desenvolvidos, mesmo que recente (e crescente) no Brasil, parece possuir em nossa pátria um elemento complicador que pode torná-lo assaz prejudicial ao desenvolvimento da nossa terra democrática: o decantado paternalismo existente no trato da coisa pública que advém de nossa tradição ibérica<sup>3</sup>.

Note-se que as exigências de um cenário globalizado, onde nosso Poder Judiciário é visto, exageradamente, como corruptível e não garantidor da segurança nas relações jurídicas descambam em soluções tais como as preconizadas na Emenda Constitucional n. 45, a chamada “Reforma do Judiciário”, na qual há evidente fortalecimento das funções do Supremo Tribunal Federal, sendo o elemento mais visível a instituição da “súmula vinculante”<sup>4</sup>. Este alargamento da atuação do STF tem direta ligação com o tema, pois torna mais premente do que nunca o estudo de como a Corte Suprema pode exercer suas funções sem resvalar numa atuação eivada pela ilegitimidade.

É objetivo assim, inicialmente, situar o panorama do *judicial review* no direito norte-americano. A questão jurídica de quem deveria ser o guardião maior da “Carta Magna” remonta à decisão de “*Marbury vs. Madison*” (1803). Nesta, o Juiz Marshall, segundo diversos historiadores e constitucionalistas americanos ao arrepio da pretensão original dos *founding fathers*, avocou para a Suprema Corte a função de definir em última instância quais atos afetavam a vontade expressada pelo Poder Constituinte.

Útil também neste capítulo 2 será o estudo da construção no sistema jurídico continental, elaborado primeiramente por Hans Kelsen para a Constituição austríaca. Ressalte-se o caráter original deste trabalho de Kelsen: salvo a Constituição helvética e a belga, não há qualquer sinal de controle fora do Parlamento no cenário constitucional europeu antes disso. Ademais o controle concentrado surge igualmente na obra do autor austríaco, o que o põe numa perspectiva, academicamente falando, muito distinta daquela posta em prática pelo Juiz Marshall.

---

<sup>3</sup> BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*, p. 32.

<sup>4</sup> Não está dentre os objetivos desta dissertação a discussão sobre os itens constantes da reforma, muito embora pareçam, no geral, bem intencionados e frutos do interesse debatido pela sociedade na “esfera pública”.

Ainda neste capítulo de conteúdo eminentemente histórico e descritivo é importante demonstrar que, inobstante majoritária, a colocação da guarda sob os auspícios do corpo judicial não é indiscutível. O modelo francês, em que a atividade jurisdicional era vista com extremas reservas, sempre pronta a usurpar a “vontade popular”, e o modelo inglês, de “soberania do parlamento”, eram na época de Kelsen majoritários e ainda são utilizados no velho continente. Acrescente-se que, ao contrário da aparente aceitação pacífica no Direito Norte-Americano, esta escolha foi objeto de calorosos debates travados na República de Weimar, notadamente com Carl Schmitt, sempre atento, tal qual a formulação francesa, com a ausência do elemento democrático na colocação da guarda pesadamente sobre o Judiciário. O capítulo 2 ainda apresenta uma abordagem dos autores que ressaltaram tal “dilema contra-majoritário”, notadamente Alexander Bickel e Roberto Gargarella.

Portanto, inclui-se também na proposta deste capítulo informar, também sob um prisma histórico e comparativista, os modelos que criticaram e buscaram um outro tipo de guardião-mor que fosse mais popular. Para ilustrar tais extremos ao leitor, sabedor de que a realidade histórica apresentou muitas matizes, optamos por realizar um cotejo no plano institucional americano e francês e através da visão sobre o tema de Hans Kelsen e Carl Schmitt. A escolha não é sem fundamento. A Revolução Francesa e a Americana, além de pioneiras na instauração das democracias do nosso tempo e, conseqüentemente, com o rompimento político com o modelo da Idade Moderna, continuam sendo paradigmáticas no enfrentamento do relacionamento democracia-Constituição, estabelecendo soluções que ainda hoje inspiram a ampla maioria dos ordenamentos do mundo ocidental, inclusive, como se verá, na questão do guardião da Constituição.

Também a decisão em apresentar ao leitor o debate Kelsen-Schmitt sobre o guardião da Constituição tem cunho eminentemente didático. Sem desprezar o caráter de ser o único tema sobre o qual os dois grandes mestres de Weimar diretamente debatem<sup>5</sup>, as obras analisadas representam os principais argumentos

---

<sup>5</sup> Kelsen escreve “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” para rebater as críticas que Carl Schmitt faz ao modelo austríaco, de inspiração kelseniana, no seu “La Defensa de la Constitución”.



utilizados em prol de um ou de outro modelo, além de, por se constituir em um verdadeiro diálogo, permitir a análise em forma de tese e antítese.

A pesquisa<sup>6</sup> nesse capítulo 2 será bibliográfica, com base na doutrina clássica sobre o assunto, e de natureza científica, tendo por fim descrever os dois modelos, apontando certas características que os definem, sempre em razão da realidade de como se desenvolveram. Note-se que o cotejo se dá no plano de modelos analíticos onde são classificados as espécies de “Guarda da Constituição” conforme seus aspectos mais gerais.

Feito esse mapeamento, que se concentra num enfoque histórico da formação do modelo, o objetivo é estabelecer a mudança histórica ocorrida sobre o constitucionalismo, que transmutou sobremaneira a base interpretativa sobre a qual se fundava a atuação jurisdicional. Aqui se busca estabelecer a chamada passagem de um cenário positivista para outro denominado hodiernamente “pós-positivista” no tocante às mudanças ensejadas sob a ordem jurídica (notadamente constitucional) do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito. Embora reconheçamos, mesmo no cenário norte-americano, que os duzentos anos do caso “*Marbury vs. Madison*” tenham-se caracterizado por louvação e não crítica<sup>7</sup>, as lições advindas das produções acadêmicas e da própria realidade democrática do último meio século permite-nos levantar a questão de qual é o “agente” mais adequado para proteger os princípios e direitos constitucionais. Este estudo cotejador das duas realidades inspirar-se-á nas contribuições da doutrina, principalmente europeia. Esse caráter bibliográfico se soma a uma estratégia científica, de análise crítica do fenômeno observado. Igualmente aqui será útil tratarmos as realidades na forma de amplos modelos analíticos que capturem o essencial nas ordens constitucionais analisadas sob também um enfoque histórico e comparativo.

No capítulo 3 mantém-se a argumentação contrária a uma aceitação sem ressalvas da guarda eminentemente judicial da Constituição. Mesmo admitindo-se as fraquezas ainda mais perversas ínsitas ao modelos distintos, a situação agrava-se ao verificarmos que a configuração que tornava mais palatável o *judicial*

---

<sup>6</sup> A classificação da técnica de pesquisa se dá na forma proposta em ADEODATO, J. M., *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*, p. 207.

<sup>7</sup> GRIFFIN, S. M., *The age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights*, p. 1

*review*<sup>8</sup> no modelo de Estado Constitucional de então, em que se entendia que as “normas fundamentais” deveriam regular majoritariamente direitos de liberdade e competências, cede no reconhecimento das sucessivas demandas por novos direitos sociais através do veio democrático das cartas magnas atuais, tornando de difícil legitimidade esta posição da Suprema Corte. Este notável aumento da discussão na esfera judicial das discricionariedades legislativa e administrativa põe em foco o déficit de participação popular na composição do Judiciário. A essa mudança fática nas estruturas das democracias contemporâneas se soma o desencantamento da filosofia do século XX, consciente das limitações da linguagem e, com isso, das próprias possibilidades do Direito em atingir o ideal iluminista de transmitir o sentido unívoco do decidido pela “vontade geral” do povo.

Este impasse tem levado em diversos países à autolimitação das cortes constitucionais no tocante às matérias que podem ser julgadas, com reiterada negação da efetivação de direitos fundamentais violados. No entanto não é esta a proposta a ser desenvolvida neste trabalho.

Ao contrário, no 4º capítulo propor-se-á um novo modelo de análise da atuação do Estado, enfocando-se especialmente o método, os institutos e as instituições que podem preservar a atuação legítima do Poder Judiciário no procedimento-fim de analisar a constitucionalidade de determinada legislação. Aqui, mantendo o caráter bibliográfico, utilizar-se-á de fontes doutrinárias, mas também de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em consonância com as teses apresentadas. A perspectiva passa a ser dogmática, com a sugestão de estratégias a superar os impasses observados nos capítulos anteriores, sempre coadunado com a proposta de filosofia política subjacente que é o “republicanismo”.

Visamos mostrar que há uma geração de filósofos e constitucionalistas, notadamente americanos, que vêm descrevendo a possibilidade de uma atuação da Suprema Corte de forma mais plena e legítima. Paradoxalmente, a solução estaria numa postura mais humilde, da aceitação da divisão de sua função de intérprete com outros Poderes e a sociedade.

---

<sup>8</sup> A denominação de teorias “conservadoras” e “populistas” para expressar as formulações que se baseiam mais no Poder Judiciário ou em Poderes advindos do sufrágio para exercer o centro no papel de guardião da constituição será mais bem elaborada ao longo do capítulo 1 desta obra.

É fundamental nesta proposta a análise de institutos jurídicos (presunção de constitucionalidade com deferência ao Poder Legislativo, entendimento não-juriscêntrico do controle de constitucionalidade, *amicus curiae* e “defensor do povo”, princípio do contraditório incluindo o direito a influir na convicção do juiz, “contestabilidade” como critério de efetividade etc.) que auxiliam nessa solução, assim como a compatibilidade destes com o ordenamento jurídico atual brasileiro.

Neste final, junto dessa abordagem eminentemente relacionada com a doutrinária contemporânea, será interessante a análise de alguns julgados do nosso Supremo Tribunal Federal que apresentam soluções similares às apontadas por esses autores.

Esta abordagem, entendemos, justificará a inclusão desse trabalho dentro da linha de pesquisa “Pensamento Constitucional Contemporâneo”, face que a abordagem, predominantemente doutrinária, tem o fito de contatar o leitor com algumas das posições mais modernas que se apresentam no cenário do constitucionalismo mundial relacionadas ao assunto, com vias de obtenção do título de mestre em “Direito Constitucional e Teoria do Estado” por esta Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

## CAPÍTULO 2

### Modelos de Guarda da Constituição<sup>1</sup>

2 Modelos de Guarda da Constituição	2.1 O modelo “conservador”	2.1.1 O processo de construção do <i>Judicial Review</i>
	2.1.2 A guarda da Constituição no modelo do <i>judicial review</i> do direito norte-americano	2.2 O modelo “populista” - O Controle Político no modelo francês
	2.2 O modelo “populista” - O Controle Político no modelo francês	2.3 O debate Kelsen-Schmitt
	2.3.1 A Guarda da Constituição em Hans Kelsen	2.3.2 A guarda da Constituição em Carl Schmitt
	2.4 Críticas aos modelos	2.4.1 O Dilema Contra-Majoritário
“populista”	2.4.2 Crítica ao modelo	2.4.3 Conclusão

#### 2.1

##### O modelo “conservador”

##### 2.1.1

##### O processo de construção do *Judicial Review*

Os séculos XV e XVI na Europa Ocidental testemunham o surgimento do Estado Moderno, tornando palpável o tema da soberania e do direito das gentes. A

---

<sup>1</sup> Utilizar-se-á neste capítulo a terminologia aplicada por Roberto Gargarella, consagrada em seu livro *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, em que a idéia de uma tradição “conservadora” para o controle das leis confunde-se com a seguinte afirmação: “para a tomada de decisões políticas fundamentais corretas e imparciais não é necessário ou sequer recomendável consultar a todos os indivíduos que serão afetados por estas decisões” (*op. cit.*, p.48)

Este conceito, não por acaso central aos modelos dominantes de *judicial review*, concretiza-se no ideal de um corpo de juizes sem qualquer necessidade de representar o substrato social e que seja especialmente distante do calor do debate público. Estes seriam os guardiões das decisões tomadas na Carta Política da nação, não sendo de bom alvedrio deixar a preservação de tão fundamental documento sob os cuidados do humor sempre cambiante das maiorias forjadas num sistema democrático.

Ao contrário, as soluções denominadas “populistas” radicalizam exatamente o ponto fraco dos juristas conservadores, decisões políticas fundamentais exigem a consulta de “todos os indivíduos potencialmente afetados por tais decisões” (*op. cit.*, p. 81).

O estudo do sistema francês, fortemente influenciado pela obra de Jean-Jacques Rousseau, assim como a leitura do sistema de Weimar, classificado por muitos autores como “misto”, na visão do brilhante Carl Schmitt, permite-nos vislumbrar duas alternativas ao “controle judicial”, seja através de um predomínio parlamentar, como no sistema do *Conseil Constitutionnel*, ou do Poder Executivo, na formulação do jurista tedesco, sempre salientado o caráter de representação do Povo. Essa formulação em pousar a guarda da constituição sobre órgão ungido através do processo eleitoral é o traço caracterizador do chamado modelo “populista” de controle de constitucionalidade, onde, portanto, podemos classificar tanto a experiência francesa quanto o sistema que emana da obra de Carl Schmitt.

organização daí advinda torna possível a unificação das fontes do direito e dos próprios ordenamentos esparsos, criando as bases de um verdadeiro juspositivismo baseado nos ideais de primado da razão iluminista.

O conceito de Estado de Direito começa a tornar-se possível, entendido como aquele em que o limite e fundamento da ação estatal se encontra na ordem jurídica e, fundamentalmente na Constituição <sup>2</sup>. Igualmente central nestes primórdios está a concepção do liberalismo político, notadamente na obra de John Locke, com seus pressupostos de divisão de poderes e direitos contra o soberano.

Portanto, a idéia central do constitucionalismo moderno está na vinculação do Poder estatal a uma série de limitações e certezas populares para o seu convívio, junto com o impedimento da concentração das funções deste Poder nas mãos de um só homem ou órgão.

No sentido histórico surge como evidente a “Magna Carta Libertarum” inglesa de 1215. Porém vale a pena ressaltar que a leitura que se verificou desse acontecimento no nosso tempo difere em muito do momento do seu surgimento. Esta representa mais uma demonstração da fragilidade do poder de um rei medievo frente aos barões feudais invocando o direito costumeiro para não verem seus “privilégios” ancestrais ameaçados <sup>3</sup>.

Portanto, embora o termo *supremacy of law* já fosse encontrado na literatura inglesa, desde a Idade Média e possamos encontrar a similitude entre os inúmeros autores jusnaturalistas de contrapor ao direito posto a normas “superiores”, que deveriam limitá-lo e até invalidá-lo, esta se vinculava mais ao conceito de ético e justo que deve permear as relações sociais como um todo, num evidente amainamento da visão teocêntrica de mundo, do que no sentido moderno de regramento escrito.

É na Inglaterra do século XVII que encontramos os precursores de um modelo de efetivamente desprezar leis editadas pelo Parlamento em prol de um Direito que está acima. Em 1607, no denominado “caso Bonham”, os juízes Lord

---

<sup>2</sup> SALDANHA, N. *Formação da Teoria Constitucional*, p. 18.

<sup>3</sup> Sem dúvida muito mais significativa a Revolução Gloriosa de 1688, que consolidou o Parlamentarismo inglês e a existência de um Bill of Rights. O século XVIII sim que visualizaria o Estado burguês legislativo e racionalizado, numa cada vez mais complexa relação de direitos, garantias e princípios estruturais.

Coke, Warburton e Daniel sustentaram que os atos do parlamento não podem ser contrários à *common law*, pois esta consagra o “direito comum e a razão”.

Os primórdios dessa decisão estão no conceito de “Constituição mista”, o chamado *dominium politicum et regale*. Aqui os ideais dos antigos de alcançar-se um “ponto médio” que fosse composto através de participação de todas as classes sociais, perceptível através das normas que obtivessem um nível de estabilidade e duração, ou seja, raízes históricas, são transmutados. Se originalmente visavam legitimar o fortalecimento dos poderes públicos, agora seriam usados para exercer uma limitação sobre os mesmos, em especial o absolutismo.

Encontramos as primeiras formulações desta doutrina na obra de François Hotman<sup>4</sup>. Este autor admite um “direito de resistência” que deponha o rei injusto, totalmente ao contrário de Tomás de Aquino, que só concebia este direito como modelo de equilíbrio a fim de prevenir a injustiça real. Assim estava-se mudando a metáfora organicista para uma em que o governante é mero “piloto do barco”, o qual não possui, posto que o domínio é popular.

Note-se, evidentemente o receio, quanto às tendências populistas (“o demônio de mil cabeças”), se mantém, portanto a voz do povo deveria ser entendida como a dos estados gerais, a união da aristocracia, dos magistrados e oficiais eleitos. Tal como a representação moderna, na “Constituição mista”, tais membros não teriam que responder diretamente às demandas populares.

Também nesses estertores do século XVI e início do século XVII encontramos na obra de Althusius o conceito de uma “lei fundamental”, que deveria unir os diversos setores da sociedade previamente a qualquer pacto institucional entre o povo e o rei. Esta aceção, central ao constitucionalismo, corresponde a uma realidade social que deve preceder a realidade política.

Porém são nos dois grandes precursores da teoria política inglesa que encontramos os maiores subsídios para compreendermos o que estaria por vir. São eles Thomas Smith e o já citado Edward Coke.

No “De Republica Anglorum”, Smith preocupa-se em relacionar os poderes que são exclusivos do rei – declarar guerra, celebrar alianças, firmar a paz, nomear servidores – e aqueles que deviam atuar em consonância com o Parlamento (*King in Parliament*) – declarar a lei, impor tributos, administrar bens

---

<sup>4</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros dias*, p. 58.

públicos – ressaltando serem essas atribuições específicas a força da “Constituição mista inglesa”: quem ameaça essa ordem da Constituição antiga é inimigo da Constituição.

Diz Thomas Smith que o parlamento é “o supremo e absoluto poder do reino da Inglaterra”<sup>5</sup>, porque lá o rei, a nobreza e o povo se encontram. Assim retoma um autor contemporâneo da “Magna Carta” de 1215, Henry Bracton, que ao ressaltar dentre os caracteres da “lei”, além do estabelecimento duradouro dentro do corpo social e do consentimento do rei, a sua instituição dentro do *consilium regni*, anteviu a progressiva representatividade do parlamento inglês.

São, porém, os juízes da *common law* de Edward Coke que controlarão a “Constituição”. Coke, especialmente, foi central na propagação de que o Judiciário tem função central no esquema das funções governamentais e especialmente na limitação dos poderes reais. O deslinde do “caso Bonham” deve ser diretamente atribuído a sua incansável doutrina de estabelecimento de competências entre os juízes e o Parlamento. Existe uma *common law*, uma lei fundamental (não no sentido abstrato de norma fundadora que explica o controle de constitucionalidade de Kelsen, mas no sentido de norma que corresponde concretamente à história do reino e das suas múltiplas articulações sociais e institucionais) que garante aos juízes o poder de controlar que o parlamento está rejeitando o absolutismo e respeitando a “Constituição antiga” (e seu caráter misto, ou seja, rejeitando igualmente o parlamentarismo).

A Constituição mista, portanto, esgotava-se no sentido de representar a sociedade, mas renovava-se como meio de contrabalançar os poderes estatais<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> SMITH, T., *De Republica Anglorum*, ed. de L. Alston, Cambridge, 1906 *apud ibid.*, p. 65.

<sup>6</sup> Note-se que não se afirma que tal doutrina tenha se desenvolvido a ponto de ser possível discordar de que, na Inglaterra, quem exerce de fato essa função de proteção sobre a Carta Magna, é o Parlamento.

### 2.1.2

#### A guarda da Constituição no modelo do judicial review do direito norte-americano

A doutrina inglesa vista anteriormente influenciou sobremaneira os revolucionários americanos. Para os cidadãos das colônias, que ansiavam por se ver livres das demandas tributárias do parlamento da metrópole, nada melhor que encontrar dentro o próprio estado de direito uma solução para a opressão do Legislativo. Mesmo que esta prática específica tenha ficado de certa forma adormecida entre a independência e o *Marbury vs. Madison*, a solidez das suas sementes apresenta-se clara na força de implantação deste julgado.

Porém essa história passa obrigatoriamente pela série de artigos publicados em “O Federalista” por Alexander Hamilton e James Madison, notadamente os de número 78 e 79. Naquele ano de 1788 são descritos os ideais que inspirarão a criação da democracia moderna mais duradoura. Esta se baseia no “regime republicano”, aquele com a necessária opção democrática, pois fundado numa Constituição formada pelo poder constituinte do povo soberano (ao contrário do regimes meramente democráticos que terminam sempre se degenerando com a concentração dos poderes nas assembleias).

Portanto, para evitar esta concentração, a Constituição republicana deve basear-se num concreto equilíbrio entre os poderes, com ingerências mútuas, para que o governo em seu conjunto esteja limitado (em contraposição a uma abstrata separação de poderes).

Por esse caráter eminentemente democrático do poder constituinte fundador, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América é um claro rompimento com a Constituição mista inglesa, cujas falhas de origem, entendem os “pais fundadores”, permitindo a supremacia do parlamento, exatamente criam as condições da opressão que levam à Revolução Americana. Para eles, só isto permitiria fugir do estrangulamento de optar-se por um modelo populista onde houvesse “democracia sem Constituição” ou por outro de “Constituição sem democracia”, como viam o modelo inglês do século XVIII de “absolutismo do parlamento”. Afinal, como afirma Thomas Jefferson em seu “Summary View of the rights of British América” de 1774, este culminou no próprio desrespeito à



Constituição inglesa e aos direitos absolutos dos *britishmen* e do poder constituinte e os direitos naturais dos indivíduos.<sup>7</sup>

Porém, também as condições específicas do panorama político americano da década de 1780-1790 influenciam sobremaneira a teorização que estará por vir. As assembleias legislativas desta infante república encontraram-se voltadas, inesperadamente, para as classes dirigentes, em completa consonância com a vontade dos menos favorecidos. Tal correspondência encontrou especial eco na chamada “questão dos devedores”<sup>8</sup>.

Esta constava no geral empobrecimento dos camponeses e demais classes mais baixas da sociedade, em virtude dos esforços bélicos que foram estimulados a participar durante a “Guerra da Independência” com a promessa de que seriam recompensados com um período de grande prosperidade após. Não obstante, não só este momento não surgiu, como tinham agora que suportar prisões em virtude das dívidas e a penhora de suas poucas propriedades. E seus executores não eram mais do que os próprios fazendeiros e mercadores com quem haviam ombreado na guerra passada, eles próprios pressionados em virtude de suas dívidas com os ingleses.

Instados por um aumento das cobranças que chegava, em determinadas comarcas, até a 200 %, primeiro estes “devedores” buscaram alguma forma de alívio de suas aflições junto ao Legislativo. Porém este poder, num primeiro momento, resistiu a desagradar às classes mais abastadas. Daí surgiu o “movimento antijudicial”, que consistia no protesto dos endividados em frente às Cortes de Justiça para impedir seu funcionamento.

Se esses movimentos em si não alcançaram maiores conseqüências, serviram para estabelecer nas Assembleias o sentimento de que algum alívio deveria ser dado para evitar uma possível guerra interna na nova nação. Com isso muitas legislaturas, a começar com a do estado da Pensilvânia, adotou a principal reivindicação dos devedores, qual seja, a possibilidade de saldar seus débitos por meio da maior emissão de papel-moeda.

A mudança das estruturas de poder, baseada numa legislatura passiva, tornou-se mais evidente no momento que o estado de Rhode Island elegeu para a governatura o porta-voz dos endividados, Jonathan Hazard, que não só permitiu a

---

<sup>7</sup> FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 105.

<sup>8</sup> GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 20.

emissão de moeda, como estipulou multa para o credor que não aceitasse esta forma de pagamento.

Vários políticos centrais no plano nacional notam aí o perigo existente num Poder Legislativo democrático. George Washington fala em preconceito e irracionalidade nas decisões das assembleias. Alexander Hamilton, que também era um político, escreve que os representantes populares buscavam se tornar “ditadores perpétuos”. Por fim, de forma bastante clara, um importante conservador da época, Thomas Sidgwick, afirma que *“el partido que ahora controla ambas Cámaras de la legislatura, dominado por um frenético espíritu republicano, está intentando alcanzar, a través de la legislación, los mismos objetivos que el pasado invierno procuraba alcanzar por las armas”*<sup>9</sup>. Os piores malefícios que, entendiam os “pais fundadores”<sup>10</sup>, apresentava a guarda da Constituição na forma da doutrina francesa já mostrava sua face em terras norte-americanas.

Esta contra-reação desemboca n’O Federalista”<sup>11</sup>: o controle de constitucionalidade (poder dos juizes de declarar nulos atos do Poder Legislativo contrários à Constituição) nasce com a finalidade de lembrar aos representantes do povo que a sua vontade (a “maioria da vez”) não se confunde com a lei fundamental, superior a qualquer poder constituído<sup>12</sup>.

Isto era fruto direto da teoria lockeana e seu conceito de “verdades primárias” que, embora “autoevidentes”, não podiam ser atingidas pela maioria do povo, por fatores que iam desde a falta de tempo para a reflexão até a própria incapacidade. Hamilton explicita esse seu viés inspirado em John Locke ao menos em dois momentos<sup>13</sup>, em ambos vinculado ao projeto de um governo nacional. Este serviria para impedir que a maioria fosse seduzida por propostas “politiqueiras”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>10</sup> “Pais Fundadores” (“Founding Fathers”) é como a tradição política norte-americana denomina os responsáveis pela independência e constituição dos Estados Unidos da América.

<sup>11</sup> Que, ressalte-se, não é uma obra doutrinária em sentido clássico, mas sim uma compilação de uma série de artigos elaborados com o fim de convencer o eleitorado de Nova Iorque a ratificar a Constituição.

<sup>12</sup> Note-se que, apesar da tentativa de conciliação americana entre constitucionalismo e soberania popular (como visto acima), há evidente primazia da constituição querida pelo povo soberano sobre o governo (os poderes constituídos) que são, sem dúvida, derivados (e, portanto, subordinados) da Carta Magna.

<sup>13</sup> HAMILTON, MADISON e JAY, *O federalista*, capítulos n.º 17 e 31.

<sup>14</sup> *Ibid.*, n.º 76.

Há outro fator que é fundamental no entendimento do modelo norte-americano: o temor do faccionismo <sup>15</sup>. James Madison encontra o ápice no seu texto n”O Federalista” n.º 10. Aqui o autor americano explicita duas verdades que antevia em qualquer sistema político: uma, a necessidade de impedir a ação das facções (que podemos entender, no cenário atual, tanto no sentido da existência natural de grupos organizados em prol dos seus interesses, como no de partidos políticos); dois, uma inevitável tendência das assembleias legislativas por esse mal, aqui sempre identificado com uma “tirania das maiorias”.

Isso é extremamente evidenciador, posto que o termo “maioria” na obra de Hamilton e Madison tem um sentido inequívoco: são aqueles que se põem em confronto com a minoria de ricos e bem-nascidos. Isto leva Robert Dahl, um dos maiores pensadores políticos americanos do século XX, a afirmar que a democracia madisoniana, da qual a própria Constituição de 1787 é o maior fruto, tem como ideologia a proteção dos socialmente avantajados contra as maiorias populares <sup>16</sup>.

A distinção entre ricos e pobres é, portanto, central na leitura da doutrina dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*). Este sistema pode ser definido como o estabelecimento de áreas de poder, somente parcialmente separadas de forma a possibilitá-las a restringir os excessos das demais. Mais ainda, cada uma dessas esferas de poder era planejada a representar uma parcela do estrato social. O legislativo, as revoltas de pouco antes demonstraram, era determinado a ser o local do cidadão comum. No entanto, o Poder Executivo, notadamente o nacional, poderia ser controlada por essas “minorias”. Para tanto se elaboram dois institutos: o sistema de eleições indiretas e a confecção de longos distritos eleitorais, modos de diminuir as paixões que levam ao “populismo”. Isso somado a certos requisitos, como a exigência de estudos e, em poucos casos mais extremados, de propriedade, tinha a intenção de fazer reviver, em terreno do Novo Mundo, uma forma da “Constituição mista” dos antigos.

Este é o cenário que presidia os ânimos da assembleia constituinte de 1787, ao entender o Poder Judiciário como o corpo confiável que serviria de “fiel” na balança deste equilíbrio ao servir, principalmente, para conter os excessos do

---

<sup>15</sup> Cite-se, como maior exemplo, que o surgimento de partidos políticos não estava de forma alguma dentre os planos dos “pais fundadores”

<sup>16</sup> GARGARELLA, R., *op.cit*, p. 34.

Legislativo. Portanto o debate é fundado no ponto de vista de que as maiorias estão sempre voltadas para violar os direitos das minorias<sup>17</sup>.

No Federalista n.º 49, Madison deixa claro que a grande característica dos juízes deveria ser, por meio de seu modo de nomeação, natureza e duração de sua função, manter-se afastado do sentimento do “homem médio”, de modo a não se ver influenciado por suas simpatias na busca da correta interpretação da lei. E no já citado, fundamental n.º 78 explicita que a independência judicial é necessária para proteger a Constituição e os direitos individuais de eventuais impulsos errados da “maioria de ocasião”, sendo, portanto, a magistratura este “corpo médio” a tolher a vontade da legislatura em superar o Poder Constituinte Originário. O Poder Legislativo era visto como um Édipo, sempre na direção de seu destino de matar seu pai (o Poder Constituinte Originário) para copular com a Mãe, o Povo soberano.

A originalidade do “*Marbury vs. Madison*”, no entanto, não deve ser empalidecida por estes primórdios já que, embora a idéia de “supremacia constitucional”, como visto, não fosse nova, e inclusive já embasasse decisões como “*Vanhrone’s vs. Dorrande*”, onde o juiz Patterson fala na Constituição como a “suprema lei da terra” e que o ato contrário a ela é “nulo e ineficaz”, entre outras<sup>18</sup>, é esta a 1ª. declaração judicial que fulmina com a nulidade ato de outro Poder, e exatamente e surpreendentemente advindo do Poder Executivo.

O cenário que ensejou o “*Marbury vs. Madison*” surgiu das eleições presidenciais norte-americanas de 1800, em que John Adams se viu obrigado a passar o poder político para seu grande inimigo político, Thomas Jefferson. No entanto, a posse só estava prevista para março de 1801, e o presidente que passava o cargo buscou se precaver contra retaliações do vencedor através da indicação de uma significativa quantidade de juízes. Renova-se aqui, mais uma vez, a premente função judiciária de defender a “minorias”.

Nomeia inclusive para a Suprema Corte seu secretário de Estado, John Marshall. Não satisfeito, conseguiu também aprovar no Congresso, em 27 de

---

<sup>17</sup> Tal pensamento, como veremos mais a frente, é contraditado pela gama de direitos de 3ª. geração que caracterizam as ações dos Legislativos do final do século XX, como, por exemplo, a legislação de “direitos civis” americanos da década de 60, que são instrumentos libertatórios das minorias, e não opressores.

<sup>18</sup> É notável, por exemplo, uma decisão de 8 de março de 1796, “*Hylton vs. United States*”, que vai na direção do exposto ao final desse trabalho, visto que o juiz Chase fala que só deveria declarar-se a inconstitucionalidade quando o caso fosse “muito claro”.

fevereiro, a criação de um número ilimitado de cargos de juiz no Distrito de Colúmbia, resolução esta a que se seguiu outra de 13 de fevereiro, em que lhe foi permitido nomear 16 novos juizes federais de 2ª. instância.

Em 3 de março, um dia antes de Jefferson assumir, a movimentação na sede do Poder Executivo nomeando juizes foi tão intensa que estes foram apelidados *midnight judges*, não sendo sequer notificados a tempo de suas titularidades pelo Poder Executivo que os nomeara, função delegada ao ora ministro da Suprema Corte, juiz Marshall.

Frente a esta confusão, tão logo assume a presidência, Jefferson entende não precisar reconhecer as nomeações da administração anterior. Marbury foi um destes juizes preteridos e, inconformado, impetra um “mandado de segurança”, constando como coator o secretário de Estado, Madison, para que a Corte impusesse a ele a sua nomeação.

No acórdão do “*Marbury vs. Madison*” o juiz Marshall afirma que cabe ao Poder Judiciário, com a Suprema Corte como instância suprema, definir quais leis estão condizentes com a Constituição Americana, antecipando, de certa forma, a teoria piramidal do direito kelseniana, editada apenas no século XX. Apesar do artigo VI da Constituição de 1787 falar que esta era a *supreme law of the land, and the judges in every states hall be bound thereby (...)*, a tradição até então era de que lei posterior revoga lei anterior. Assim ele se expressa:

*“The question whether an act repugnant to the Constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States, but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it.*

*That the people have an original right to establish for their future government such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.*

*This original and supreme will organizes the government and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here or establish certain limits not to be transcended by those departments.*

*The Government of the United States is of the latter description. The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited [p177] and*

*acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act.*

*Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.*

*If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable.*

*Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.”<sup>19</sup>*

Como se vê, a tentativa de impor aos demais poderes um certo tipo de controle exigiu de Marshall além de muita habilidade política (ele havia se tornado secretário de estado, anteriormente fruto de uma brilhante carreira militar na “Guerra da Independência”, sendo indicado para a Suprema Corte sem nunca ter estudado direito ou sido advogado) uma argumentação poderosa. Ela era, porém, sustentada em alguns pilares que são fundamentais para compreender o que significava invalidar uma lei.

Primeiramente, influenciado por Hamilton, notadamente o já citado “Federalista” n.º 78, o “justice” desejava estabelecer de forma segura a “independência do Judiciário”, como um intermediário entre o poder superior do “Povo” e o Poder Legislativo<sup>20</sup>, o que evidentemente não se confunde com um entendimento de que haveria qualquer “supremacia do Judiciário”. É notável, nesse sentido, que Marshall termine seu arrazoado falando que “as cortes têm equivalente direito aos outros Poderes em interpretar a Constituição<sup>21</sup>”.

A análise dava-se simplesmente no plano funcional, pelo natural pendor dos juízes para a hermenêutica das leis, sem qualquer “plus” em relação às responsabilidades diárias de um magistrado de dizer o direito no caso concreto. Há inerente, tanto na obra de Hamilton quanto no acórdão de Marshall, uma idéia de limitação no exercício da faculdade de declarar a invalidade dos atos emanados

---

<sup>19</sup> Todas as citações relativas ao caso Marbury vs. Madison se referem a reprodução da “opinião da Corte”, consubstanciada no voto condutor do Justice John Marshall, encontrada no endereço [http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=marbury&url=/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=marbury&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html), acessado em 30 de novembro de 2004.

<sup>20</sup> GRIFFIN, S. M., *op. cit.*, p. 10.

<sup>21</sup> É importante também atentar que Marshall fala em “constituição escrita”, num evidente esforço de demonstrar a distância do modelo inglês.

do Poder Legislativo somente nos casos evidentes<sup>22</sup>. Retornando a Hamilton, este inclusive dá exemplos de tais hipóteses, tais como uma lei penal incriminadora que retroagisse para definir pena de morte para determinada atividade. Vemos, portanto, que o conceito de evidentemente inconstitucional foi bastante alargado desde então.

Além disso, repita-se que a tarefa de interpretar a lei não tinha, para Marshall, qualquer resquício de atitude política. Na perspectiva do início de século XIX, esta atividade era mero exercício da razão. Isto pode parecer-nos estranho, pois nos encontramos acostumados ao conceito de entender a legislação em grande parte através dos pronunciamentos do Supremo, mas a simples proximidade de algo nesse sentido seria inimaginável para os “pais fundadores”<sup>23</sup>. Portanto, para Marshall, grandes nós de significados de certos termos jurídicos seriam questões indubitavelmente de natureza política e, portanto, sem ingerência do Poder Judiciário, para o qual se limitariam as questões legais<sup>24</sup>.

A dificuldade teórica de esta decisão ser aplicada hoje, portanto, é principalmente referente ao fato de as Cortes terem expandido as suas funções e limitado às do Legislativo, tanto em critérios qualitativos quanto quantitativos<sup>25</sup>, sem que esta atuação encontre qualquer correspondente tanto na Constituição quanto na obra d’ “O Federalista”.

## 2.2

### O modelo “populista” - O Controle Político no modelo francês

Na lição de Jean-Jacques Rousseau, a vontade geral que se apresenta no Parlamento não se confunde com o interesse coletivo, mas sim com uma espécie de “conteúdo geral compartilhado”. É a individualidade “geral” e não várias individualidades singulares agrupadas (ou seja, o interesse da maioria): “o que

---

<sup>22</sup> Hamilton fala em “*manifest tenor of the constitution*” no “Federalista”, conquanto Marshall procura em sua decisão impedir o Legislativo de fazer “*what is expressly forbidden*”.

<sup>23</sup> GRIFFIN, S.M., *op. cit.*, p. 15.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>25</sup> É significativo que até 1860 a Suprema Corte Americana tenha declarado inconstitucionais somente duas leis federais.

generaliza a vontade é menos o número de votos do que o interesse comum que os une”<sup>26</sup>.

Encontra-se em Rousseau um compromisso de uma “instância democrática verdadeiramente universal”, que busca a “potencialização social do indivíduo”. Só desta forma eliminaria o perigo sempre presente de a multidão ser guiada pelos partidarismos e pelos aproveitadores, ao invés da “vontade geral” como deveria ser o seu destino.

Este “dever ser” universal em Rousseau, portanto, se apresenta com um caráter minimamente substancial e eminentemente procedimental.

O Estado então passa a ser este local de exercício do *pactum societatis*, ou seja, da soberania do povo, e não mais entidade externa que visa à preservação de interesses particulares.

Este objetivo ambicioso só é alcançado como resultado de uma determinada forma de associação dos indivíduos: a democracia.

Via Rousseau os males do processo de participação : “Jamais se corrompe o povo, mas freqüentemente o enganam e só então é que ele parece desejar o que é mal.”<sup>27</sup>.

“De que maneira uma turba cega, que em geral não sabe o que quer, porque raramente conhece o que lhe convém, executará por si mesma um empreendimento de tal importância e tão difícil como um sistema de legislação? O povo, de si mesmo, sempre deseja o bem; mas nem sempre o vê, de si mesmo. A vontade geral é sempre reta, mas o julgamento que a dirige nem sempre é esclarecido”<sup>28</sup>.

Não obstante, há solução: “para Rousseau, o objetivo das assembleias não está tanto em nelas manter a vontade geral, mas em fazer com que ela sempre seja consultada e respondida (C.S., III, 438). Sendo a vontade geral a essência da soberania, está implícito que tanto menos permanecerá muda e mais vigorosamente se manifestará, quanto mais for contínuo o seu exercício, através da participação do cidadão nas deliberações coletivas, bem como na fiscalização do cumprimento das mesmas”<sup>29</sup>. Portanto, em Rousseau, menos que a decisão, a deliberação das Assembleias é o ponto central.

---

<sup>26</sup> ROSSEAU, J.J., *Contrato Social e outros escritos*, p. 43.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>29</sup> LEIS, H., *Sobre o conceito de democracia em Rousseau*, p. 74.



“Não basta que o povo reunido tenha uma vez fixado a Constituição do Estado, sancionando um corpo de leis; não basta que tenha constituído um governo perpétuo, ou provido de uma vez por todas, a eleição dos magistrados. Além das assembléias extraordinárias, que casos imprevistos podem exigir, é necessário havê-las fixas e periódicas que não possam ser abolidas nem adiadas, a fim de que, em dia marcado, seja o povo legitimamente convocado pela lei, sem que se faça preciso para tanto nenhuma outra convocação formal.”<sup>30</sup>

A abertura total da intervenção do cidadão na esfera política, de uma forma muito mais ampla que a da simples participação política nas democracias representativas, tornando o poder um local aberto é o que se propõe aqui.

O consenso (“admirável acordo de interesse e da justiça que fornece às deliberações comuns um caráter eqüitativo”<sup>31</sup>) que dá voz à vontade geral latente depende diretamente da contínua aferição da concordância com as políticas apresentadas. Os atos governamentais devem estar sob um “princípio da publicidade” eterno e automático.

“Assim sendo, a lei da ordem pública nas assembléias não consiste quase em manter a vontade geral, mas fazer com que esta seja interrogada e sempre responda.

Eu teria nesta altura muitas reflexões a fazer sobre o simples direito de votar em todo o ato de soberania, direito que ninguém pode subtrair ao cidadão, e sobre o direito de opinar, de propor, de dividir, de discutir, que o governo, com grande cuidado, sempre procura reservar apenas a seus membros, mas esta importante matéria demandaria um tratado à parte, e eu neste não posso dizer tudo”<sup>32</sup>

A força que surge da lei, produzida em configuração política influenciada por esta doutrina, só poderia terminar por ensejar um Poder Judiciário muito mais submisso e passivo frente à instância popular, fato também muito influenciado pela visão dos revolucionários de que o Poder Judiciário era garantidor dos abusivos privilégios no *ancien régime*. O instituto mais evidente dessa posição de inferioridade dos juízes encontra-se no instituto do *référé* legislativo, que durou de 1791 a 1837, consistindo no mecanismo de envio de controvérsia jurisprudencial ao parlamento para que este emita decreto fixando a interpretação em que há dúvida<sup>33</sup>.

Evidentemente também na “guarda da Constituição”, a tradição jurídica, advinda da Revolução Francesa, é tributária dessa formulação. Muito embora a

---

<sup>30</sup> ROSSEAU, J.J., *op. cit.*, p. 93.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>33</sup> GARGARELLA, R, *op. cit.*, p. 98.

idéia de um *Jurie Constitutionnaire* se apresente numa proposta de Sièyes à Convenção já no ano III, esta teve o destino de muitas outras até hoje: a rejeição.

A Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958 mantém a base do chamado “controle político” da constitucionalidade das leis (em oposição ao controle judiciário). A adequação das leis à Carta só pode ser argüida previamente a sua promulgação ou em sede do próprio parlamento ou no “Conselho Constitucional”, através de iniciativa do Presidente da República, da Assembléia, do Senado ou do Primeiro Ministro.

Note-se que esse Conselho Constitucional pouco se assemelha a uma Corte Judicial, sendo formado por ex-presidentes da república e nove membros, indicados pelo Presidente da República, da Assembléia e do Senado. Suas deliberações são secretas, não se aplicando o “princípio do contraditório”, audiência orais ou qualquer espécie de recurso. Pronunciando este pela constitucionalidade da lei impugnada aos juízes é vedado qualquer exame posterior de validade da norma promulgada<sup>34</sup>.

## **2.3 O Debate Kelsen-Schmitt**

### **2.3.1**

#### **A Guarda da Constituição em Hans Kelsen**

Com exceção da França, onde a influência de Rousseau e da desconfiança da Revolução Francesa com a atuação do Judiciário no Antigo Regime impediu que quaisquer propostas sobre a criação de uma corte constitucional fossem levada à frente, a maior parte das cartas magnas atuais dos países com direito codificado foram diretamente influenciadas pela obra de Hans Kelsen no tocante à estrutura do controle de constitucionalidade.

---

<sup>34</sup> POLETTI, R., *Controle da Constitucionalidade das Leis*, p. 58.

Não obstante essa obra <sup>35</sup> tenha sido diretamente fruto do projeto da Constituição Austríaca de 1920, encomendada a Kelsen pelo governo do país, onde também ele faria parte da primeira “Alta Corte Constitucional”, não se pode acusar este autor de ter-se desviado um milímetro do total de seus escritos.

Então essa busca de conformidade de direito com o próprio direito não parte do pressuposto da dicotomia criação legislativa-execução administrativa e judiciária. Reconhece-se expressamente que todas as funções do Governo têm um aspecto de criação do direito.

Mesmo assim, impõe-se que haja controle dessa criação, pois o sistema é escalonado. Conquanto a liberdade de inovação seja máxima na feitura da lei ordinária e bastante limitada no ato administrativo, a regularidade (e a legitimidade ) de toda a “pirâmide” depende de que esse respeito esteja presente em todos os níveis.

O conceito de Constituição presente em Kelsen claramente a distingue de todos os demais atos com força normativa. É um “*principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por esse orden*” <sup>36</sup>. A Constituição já aparecia aqui sendo constituída por normas de organização do Estado (que geravam as inconstitucionalidades formais ) e valores a serem preservados (que causavam as inconstitucionalidades materiais ) <sup>37</sup>.

Diga-se mais, Kelsen preocupa-se em conceituar também Constituição democrática como aquela em que todos os poderes derivam da Constituição. A necessidade de conciliar Constituição e democracia está embrionário naquela República de Weimar, nasce sob o símbolo da essencial busca dos novos regimes políticos em se legitimarem na vontade (poder) constituinte do povo soberano que toma determinadas decisões, imprimindo na norma fundamental determinados caracteres expressos nos direitos civis, políticos e sociais (núcleo fundamental da

---

<sup>35</sup> KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidade Nacional Autónoma de México, 2.001.

<sup>36</sup> KELSEN, H., *op. cit.*, p. 21.

<sup>37</sup> Deve-se, ressaltar, porém que Kelsen entendia os conteúdos substanciais que limitavam o legislador eram raríssimos, como podemos notar por esta passagem: “(...) *La libre creación que caracteriza a la legislación practicamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, unicamente, por principios o direcciones generales (...)*” (*ibid.*, p. 56).

Constituição, posto que base da convivência civil), reforçada através da busca de instrumentos institucionais para efetivá-los.

Há evidente corte aqui com o formato constitucional meramente estatal e parlamentar, em que basta o ordenamento dos poderes, que as leis garantirão os direitos e no retorno do elemento político para o direito constitucional <sup>38</sup>.

Em Kelsen, esta deveria caracterizar-se como republicana<sup>39</sup>, pois contra a identificação da monarquia/burocracia com o Estado, que tendem a se acharem mais que a Constituição; pluralista, porque não tem um dono, um titular do poder constituinte no sentido rousseauiano, mas é fruto de um processo histórico de equilíbrio das forças sociais; e parlamentar e com partidos políticos, como melhor forma de representar as forças e alcançar os consensos.

Em Kelsen essa “primazia do parlamento” não se transforma em “soberania do parlamento” pois há sempre este “controle de constitucionalidade” para preservar os direitos das minorias, advindos do consenso, da lei que represente simples vontade da maioria.

A proteção deveria ser realizada por um único órgão, não porque não fosse até recomendável que todas as autoridades e cidadãos analisassem que determinadas normas não cumpriam o ordenamento maior, mas porque a falta de unidade de soluções traria o indesejado sentimento de insegurança jurídica. Este controle de constitucionalidade concentrado representa a principal guarda da Constituição, confirmada no respeito às suas ordens que deve ser exercido por todos.

Este órgão, segundo Kelsen, não poderia estar situado no próprio parlamento, pois “seria ingenuidade” supor que este Poder revogaria seus próprios atos. A independência necessária para atacar tais atos tornava imperioso que tal instituição se encontrasse à parte das demais esferas do governo <sup>40</sup>.

Àqueles que conclamavam que tais medidas atentariam contra a “Soberania do Parlamento” e ao “princípio da separação dos poderes”, retrucava que a

---

<sup>38</sup> É paradigmático, porém, que a Constituição Alemã de 1919, o 2º. espécime deste novo modelo (sendo o primeiro a constituição mexicana), tenha uma construção tão ambígua e falha. Entre estes, sob os nossos olhos de quase um século sobre a experiência, soam curiosos a ausência de um controle de constitucionalidade e um presidente com poderes e simbolismo demais, representando um medo intrínseco do Parlamento.

<sup>39</sup> Evidente a congruência com os “federalistas” norte-americanos.

<sup>40</sup> Quanto a tese Schmittiana da guarda da constituição repousar sobre a figura do Presidente, posto que este representaria a “unidade do povo”, considerava esta uma contradição em si mesma, já que a grande importância do controle de constitucionalidade é preservar as condições do pluralismo.

soberania não pertence a um órgão, mas sim a todo o ordenamento jurídico fundado na carta maior. Ademais a “separação dos poderes” não era afetada, já que a sua função legislativa caracteriza-se por estabelecer normas gerais e a função jurisdicional por criar normas individuais, então o tribunal “*que tiene el poder de anular las leyes es por conseguinte um órgano del Poder Legislativo*”<sup>41</sup>, pelo caráter evidentemente genérico de retirar uma lei do ordenamento.

Por outro lado, a doutrina da separação dos poderes tem um objetivo diretamente ligado ao “equilíbrio constitucional”, no impedimento de que haja absolutismo de um dos Poderes sobre os demais, sendo este controle mais um modo de estabelecer “freios e contra-pesos”.

Não obstante, há necessidade de tomar-se diversos cuidados para evitar a politização das decisões desse órgão, que devem ser estritamente jurisdicionais<sup>42</sup>. Impõe-se, portanto, número de membros bastante elevado e um modelo de escolha, que deixasse tanto ao Executivo quanto ao Parlamento grande poder de interferência na decisão sobre os nomes a compô-lo<sup>43</sup>. Nomes, evidentemente (para Kelsen), que não deveriam fazer parte destes mesmos Poderes, sob pena de macular sua imparcialidade, sendo recomendável que se limitassem a juristas de profissão e com capacidade de notório saber largamente reconhecida, talvez até com uma fração das vagas indicadas por uma comissão das faculdades de direito do país.

Kelsen também dá grande relevo ao cuidado que deve tomar a Alta Corte, antes de analisar as escolhas substantivas do legislador.

*“(...) cuando, como ocurre a veces, la misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa unicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 54. Paradoxalmente, porém, ressaltava que “*la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional (...) está absolutamente determinada pela constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional*” (*ibid.*, p. 57)

<sup>42</sup> Utiliza-se aqui da classificação do “político” na obra de Kelsen realizada pelo filósofo francês Michel Tropper, em que a política *lato sensu* refere-se à resolução de conflitos de interesses, inclusive nos tribunais, a política *strictu sensu* trata dos valores e a política “estritíssimo senso” refere-se ao partidarismo.

<sup>43</sup> Isto igualmente traria um conteúdo democrático para o Tribunal.

*legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley”<sup>44</sup>.*

*“Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etcétera, difieren de tal manera, según el punto de vista de los interesados que, si el derecho positivo no consagra alguna entre ellas, toda regla del derecho puede ser justificada por una de tantas concepciones positivas.(...)”*

*“Es precisamente en el dominio del derecho constitucional, en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera.”<sup>45</sup>.*

O Tribunal Constitucional que não atentar para esta sábia distinção e ousar anular lei que não se coadune com a sua concepção desses valores terá corrompido todo o objetivo da formulação kelseniana.

*“(...) el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa e equívoca como al justicia ou cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria (...)”<sup>46</sup>.*

Esta passagem demonstra o rompimento, muitas vezes menosprezado no debate pátrio, que Kelsen representa com a Escola da Exegese. Se ainda não trata a linguagem como um jogo, como o 2º. Wittgenstein, já nota a dificuldade para o julgador para extrair o real significado da norma em questão com termos “fluidos”. É singular que o autor austríaco tenha abordado esta dificuldade logo após rechaçar qualquer tipo de influência jusnaturalista, e, por conseguinte, metafísica, no julgamento desta Corte Constitucional. A posição de Kelsen é vista de forma evidente numa passagem de provavelmente sua obra mais famosa:

*“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única*

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 81.

solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito Positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo”<sup>47</sup>

Daí que é fundamental estabelecer que Kelsen não negava o insuperável caráter político que também ocorre nas decisões judiciais. Afirmava que “*entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa*”<sup>48</sup>. Dessa forma concedia que este tribunal constitucional, teoricamente, exerceria mais esse caráter político do que os outros<sup>49</sup>, mas não que o seu exercício da verificação do sentido da lei não era substancialmente da mesma natureza que a de qualquer outro juiz de 1º. Instância.

Portanto, podemos observar que as armadilhas que levariam a doutrina do “dilema contra majoritário” já eram intuídas por Kelsen na obra inaugural do “controle de constitucionalidade” no sistema jurídico continental. Igualmente surpreendente é que, ao lado de vetar a legitimidade ativa por qualquer do povo devido ao perigo de ações temerárias e congestionamento processual, reconhece que, regulada, a participação popular é fundamental para o sucesso do novo instituto.

Nesse sentido a chamada *actio popularis*<sup>50</sup> tratar-se-ia da possibilidade de que qualquer cidadão, envolvido em um processo judicial ou administrativo, de

<sup>47</sup> *Id.*, *Teoria Pura do Direito*, pp. 390 e 391.

<sup>48</sup> *Id.*, ¿ *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 19

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 21

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 89.

levar sentenças judiciais ou atos administrativos, fundados em normas inconstitucionais à apreciação do Tribunal, não para que este exerça juízo de mérito, mas sim como forma de permitir a autoridade emanadora da decisão fundada em lei nula de rever sua atitude. Além disso, qualquer particular interessado na lide da ação de inconstitucionalidade, esteja sofrendo conseqüências jurídicas desta lei guereada ou não<sup>51</sup>, pode intervir como parte do processo, num instituto que lembra muito o *amicus curiae*, hoje em nossa legislação de controle de constitucionalidade.

O maior caráter público desta Corte também é representado nos princípios que devem inspirar a sua atuação: publicidade<sup>52</sup> e oralidade. Consagra-se, em conjunto, com as intervenções citadas no parágrafo anterior, o direito de conhecer da lide que visa desconstituir norma votada pelo Parlamento assim como o direito de tribuna para influenciar a favor ou contra as decisões da Assembléia que o tribunal julgará.

Não pode nunca o Tribunal Constitucional esquecer-se da sua função primeira, no exercício do controle, proteger as minorias. Não simplesmente das maiorias, conseqüência usual do convívio social, mas daquelas maiorias que agem irregularmente<sup>53</sup>, visando solapar os acordos maiores, fundados em consensos que exigem votação mais qualificada, presentes na Carta Magna.

A preocupação desta Corte deve ser garantir que as minorias não tenham seus direitos básicos vilipendiados, podendo atuar livremente na direção de, eventualmente, tornar-se maioria no futuro<sup>54</sup>. Só desta forma pode ser garantida a paz social, com a consciência em todos os participantes do jogo político de que há um árbitro imparcial que lhes dará o tratamento justo nos momentos de impasse.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>52</sup> Diz Kelsen: “(...) *Los asuntos que conoce el tribunal constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza.*” (*ibid.*, p. 92)

<sup>53</sup> “*La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular.*” (*ibid.*, p. 99)

<sup>54</sup> É notável a semelhança do objetivo aqui reproduzido de Hans Kelsen com aquele que inspira o “*Democracy and Distrust*” de John Hart Ely.



### 2.3.2

#### A guarda da Constituição em Carl Schmitt

A obra de Schmitt<sup>55</sup> parece querer recordar a incompatibilidade entre o princípio democrático (legitimidade) e o constitucionalismo (estabilidade): a pretexto de restabelecer o elemento político das constituições (negado por Jellinek), ou seja, o poder constituinte, a soberania popular, interpreta a Constituição de Weimar, no sentido de que a figura do presidente eleito representa esta soberania na unidade do povo soberano. Pode, inclusive, afastar o modelo de Constituição liberal (equilíbrio entre os poderes e direitos civis) em prol da solução da crise pontual (“soberano é quem decide no estado de exceção”), aproximando-se de uma leitura radical de Rousseau e, principalmente, da supremacia do Estado conforme constava na Constituição prussiana de 1866.

Carl Schmitt, portanto, é a negação de todo histórico de “guarda jurisdicional da Constituição”, antes detalhada. Da forma genial e ao mesmo tempo quase brutal como entabulava seus escritos, busca dissolver esse pretensão caráter hegeliano evolutivo que trouxe a guarda da Constituição para o seio da corte. Critica ainda com veemência aquela que chama como “solução austríaca”:

*“En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho constitucional hallase aún muy influida por las ‘ideas judicialistas que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución ‘sen detenerse a meditar sobre el asunto’, como Rudolf Smend ha dicho en una crítica incidental, pero certera”*<sup>56</sup>

Entende Schmitt que a relativa *autoridad* com que atua a Suprema Corte Americana, e que termina por servir de exemplo para os seguidores do modelo judicial, trata-se de situação excepcionalíssima posto que protetores de uma

<sup>55</sup> Os dois principais trabalhos de Carl Schmitt consultados para os fins dessa dissertação foram os livros “*La defensa de la Constitución*” e “*Teoría de la Constitución*”.

<sup>56</sup> SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, p. 32.

ordem econômico-social indiscutida, o que lhe permite, por exemplo, negar direitos trabalhistas a mulheres e crianças que pareciam evidentes na República de Weimar onde escrevia<sup>57</sup>.

Concorda ainda com os pressupostos jurídicos do controle difuso definido em “*Madison vs. Marbury*”. Realmente é pressuposto da atuação judicial e da própria existência de uma tripartição de Poderes com o Judiciário que o juiz possa ter como único senhor a sua interpretação de qual seja o sentido da lei e, por isso, possa, ocasionalmente, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei. Não obstante isso, não deriva de uma condição de “protetor da Constituição” (o que ensejaria dizermos que vivemos em um “Estado Judicial”, segundo ele), mas do próprio “Princípio da Legalidade”, que impõe a todos cidadãos e notadamente à Administração Pública em agir conforme as normas existentes. Pensar de outra forma, seria dizer que todo servidor que anula, por exemplo, uma licença concedida por entendê-la agora contrária à Constituição torna-se automaticamente o “guardião da Constituição”. Isto significaria dizer que todos são guardiões, com evidente esvaziamento do conceito.

Além da falácia exposta no parágrafo anterior referente à construção da “necessidade” de posicionar-se a justiça como única “guardiã”, há conjugado o perigo que advém daí. Por mais cômodo que possa parecer abrir os “portões” da Justiça e empurrar a solução das questões políticas para o cenário da lide judicial, a conseqüência inevitável “*no sería una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia*”<sup>58</sup>, ainda concluindo com uma citação de Guizot, que entendia que “*nunca será bastante repetida en la Alemania actual: que en tales juridificaciones ‘la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perdelo todo*”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Note-se mais uma vez que a análise de Carl Schmitt é impressionante. Schmitt notava que somente num Estado verdadeiramente Liberal aquela configuração poderia funcionar inconteste e não num prenúncio do “Estado Social” como é Weimar: “*los derechos fundamentales y de libertad del ciudadano, en particular la libertad contractual, económica e industrial, la propiedad privada, es decir: las normas genuínas de la práctica propia del Supremo Tribunal de los Estados Unidos a que anteriormente nos hemos referido, presuponen um Estado neutral que fundamentalmente es abstencionista, y que a lo sumo sólo interviene para restaurar las condiciones de la libre competencia cuando éstas han sido perturbadas*” (*ibid.*, p. 135). A corte americana, naqueles idos de 20 começava a atuar, pela 1ª. Vez em sua história, de forma mais forte no sentido de invalidar leis federais, o que terminaria por ensejar durante o “*New Deal*” o primeiro grande rompimento na história entre a concepção da Corte e a proposta pelo Governo Americano.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 75.

Esta confusão ocorre porque se iguala equivocadamente, segundo Schmitt, a função que exerce o juiz de direito ao aplicar a lei ao caso concreto com a função que exerce o magistrado constitucional:

*“La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el ‘hecho’ legal)”<sup>60</sup>.*

Em verdade, a função do magistrado constitucional é de definir dentre múltiplos sentidos dos termos presentes nas constituições (muitas vezes assim imprecisos propositadamente, pois o caráter compromissário que apresentam as constituições democráticas) qual deve ser utilizado. Por isso, dizia Schmitt, devemos aplaudir a Constituição da Saxônia de 1831, que em seu item 3 do artigo 153 afirmava que a decisão do “Tribunal Constitucional” tem o caráter de “interpretação autêntica”, revelando a verdadeira missão legislativa que exerce esse órgão e evidentemente política. Porém, aqui surge um paradoxo: se concordamos que o sentido do que é *“la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad”<sup>61</sup>.*

Porém a desconstrução das possibilidades judiciais de tratar com suas qualidades inerentes, quais sejam a imparcialidade e pendor para a interpretação, a questão da proteção da Constituição não nega que as instâncias executivas e legislativas são naturalmente as que mais violam o texto constitucional. Até por critério de exclusão, mesmo aceitas as dificuldades, manter-se-ia o judiciário como o deságüe natural.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 124.

A solução de Carl Schmitt, que utilizando o conceito de *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur*, encontrado na obra de Benjamin Constant e verificando o caráter singular do Presidente do Reich, que era eleito diretamente pelo povo (alcançando daí legitimidade), muito embora exercesse meras funções de chefe de Estado (sendo o 1º. Ministro o chefe de Governo), entendeu nele o protetor da unidade constitucional e da integridade da nação. Não obstante, as experiências alemã no terceiro reich e brasileira na vigência da Constituição de 1824 mostram que este “poder moderador” termina sempre por se imiscuir demais nas questões políticas do dia-a-dia, deixando tais sistemas de fato sem qualquer espécie de proteção.

## **2.4.**

### **Críticas aos modelos**

#### **2.4.1**

#### **O Dilema Contra-Majoritário**

A descrição acima das obras principais referentes ao sistema de constitucionalismo predominante na sociedade ocidental demonstra que os princípios que montam a idéia de revisão judicial das leis emitidas pelo Parlamento são extremamente similares<sup>62</sup>. Isto, evidentemente, não nega as importantes peculiaridades que tornam também este capítulo da obra kelseniana dotado de grande originalidade, sendo ensinamentos de qualquer curso de Direito Constitucional as diferenças entre o controle difuso e o concentrado, a idéia de uma Corte Constitucional desvinculada do Poder Judiciário, o caráter *ex tunc* ou *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade e, evidentemente, a diferença de função da jurisprudência nos sistemas de *common law* e romano-germânico. No entanto é fundamental entender que, conquanto tais conceitos sejam

---

<sup>62</sup> Afirma Gargarella: “*hoy los tribunals que se habían inspirado inicialmente en las ideáis de Kelsen trabajan de un modo casi idéntico a los tribunales norteamericanos, en su práctica del judicial review*” (*op. cit.*, p. 117).

importantíssimos no entendimento da matéria, são meras construções que traduzem a efetiva retirada da população, na forma de seus representantes, de possuir a palavra final na legislação em vigor.

Portanto, as fraquezas dos modelos descritos podem ser abordadas de forma única e constituem o chamado “dilema contra-majoritário”, doutrina criada pelo jurista de Yale, Alexander Bickel no seu famoso livro “*The Least Dangerous Branch*” (1962) e ainda hoje extremamente influente no debate norte-americano, mesmo contados mais de 40 anos da sua formulação.

Bickel alertava<sup>63</sup> sobre uma progressiva tendência na sociedade americana em ser aceita e incentivada a supremacia do corpo judicial, em resolver embates sobre políticas públicas, notadamente as de cunho social e na utilização dos litígios como forma de exercer controle sobre o governo. Evidenciava isso como mais uma forma de salvação autoritarista, lamentando ainda que a Suprema Corte de então (a famosa “Corte Warren”), mesmo ainda prometendo meramente aplicar a Constituição, cada vez enganava a menos pessoas.

Portanto as críticas contra-majoritárias fundam-se no caráter radicalmente antidemocrático dos trabalhos de Hamilton e Marshall e Kelsen, porque deixam os cidadãos de hoje serem governados, em última instância, por funcionários públicos não eleitos, que dizem o significado de textos não raramente pouco adequados para a realidade social e de todo modo de significado dúbio. Ou seja, embora seja expresso que o Poder pertence ao povo, em verdade, em determinadas decisões políticas, muitas vezes essenciais, somos governados de fato por sábios que nos expõe as lições criadas por nossos antepassados num determinado momento histórico em que houve conjuntura capaz de criar um texto fundante do sistema legal de um país.

Evidentemente, esta afirmação possui também fortes contra-argumentos. A emergência do Poder Constituinte Originário é, independente de como se apresente, um momento singular na vida de um país e como tal deve ser respeitado. Ademais as “gerações futuras” não são obrigatoriamente determinadas

---

<sup>63</sup> Embora, como explicado, o trabalho maior de Bickel realmente seja “*The Least Dangerous Branch*”, a sua análise sobre o real exercício de funções da Suprema Corte permeou toda a sua produção acadêmica. Assim, entendeu-se para o objetivo desta dissertação, de maior cabimento utilizar-se um texto (“*The Supreme Court and the Idea of Progress*”) onde ele faz uma perfunctória descrição de tal objeto.

pelas regras anteriormente definidas já que podem elas mesmas construir outros acordos fundamentais para redefinir o que diz a Constituição.

Quanto a crítica acerca do “governo dos juízes” , trata-se de certo exagero. As decisões tomadas pela Corte Constitucional, só excepcionalmente abarcam temas centrais na vida política do país, como, por exemplo, o direito de aborto ou a contribuição de aposentados para a previdência social, e, quando o fazem, usualmente, referem-se a assuntos em que haja profunda divisão na sociedade, impedindo uma decisão numa ou noutra direção, havendo, como bem observou (com desgosto, por certo) o professor Bickel, um às vezes nada discreto estímulo dos atores políticos de que o tema alcance uma solução.

No entanto, as máculas se mantêm<sup>64</sup>, ainda mais amplificadas nas sociedades atuais, notadamente em relação ao caráter interpretativo, como veremos no próximo capítulo.

#### 2.4.2

#### **Crítica ao modelo “populista”**

Basicamente, o grande demérito do modelo populista em relação à formulação conservadora é que, mesmo sendo indubitavelmente mais condizente com a democracia, ele não funciona na prática. Primeiramente, não é nada evidente identificar eventuais maiorias eleitorais identificadas no Legislativo e no Executivo com as vontades dos cidadãos como um todo.

Além disso, é bastante utópico, face a história da humanidade, ter fé de que a voz das maiorias representará sempre o ideal de justiça. O princípio democrático de que o poder político deva encontrar-se nas mãos da maioria não é equivalente a

---

<sup>64</sup> Como diz Michel Troper: “a government in which legislative power is shared by elected or democratic authorities and nonelected or aristocratic officials is a mixed government. This observation stands on its own, without the need to seek out justifications for the choice of a mixed government, just as in asserting that judicial review is a democratic institution, one need not seek justifications for democracy itself. Nonetheless, doctrine refrains from making this observation, for constitutional courts are supposed to apply constitutions, and constitutions proclaim themselves to be democratic. Doctrine is thus obliged to attempt to reconcile the institution with democratic principles and is unable to escape from the ensuing labyrinth” (*The logic of justification of judicial review*, p. 121)

dizer-se que tais decisões advindas dessa soberania não possam ser criticadas e até resistidas<sup>65</sup>.

Logo, a grande razão da manutenção do *judicial review* é a de que ele impede exatamente o que se exacerbe a democracia, impedindo que se sobrecarreguem de poder os órgãos eletivos, o que evidenciaria as próprias falhas de tais órgãos. O que se mascara é o fracasso que o próprio Rousseau admitia em seus escritos: a busca da “vontade geral” não funcionava para comunidades maiores que os cantões suíços. Em sociedades maiores, quanto mais nas nossas, é inevitável que os Parlamentos ou o Presidente sejam incapazes de traduzir o desejo da sociedade, até porque essa vontade é pouca clara, fragmentada e freqüentemente contraditória.

### 2.4.3

#### Conclusão

É inegável ressaltar a maior influência das teorias de Hans Kelsen e Hamilton/Marshall sob as configurações do órgão destinado a manter a rigidez do ordenamento jurídico no respeito à Constituição nas sociedades ocidentais do pós 2ª. Guerra. A idéia de Tribunal Constitucional é uma realidade inerente a quase todos os modelos e os seus pressupostos jurídicos não diferem muito daqueles estabelecidos pelos juristas citados.

Não obstante, é equivocado igualar a menor força do modelo populista com uma pretensa correção absoluta do ideal conservador. Se é certo que as assembleias pouco refletem a voz da população, tal afirmação é muito mais verdadeira em relação a um Poder Judiciário sem representatividade, elitizado e burocratizado. O ideal kelseniano de maior afastamento de termos muito vagos foi derrotada pela enxurrada de normas-princípios com crescente grau de abstração nas constituições contemporâneas, assim como das próprias demandas populares, advindas do aprofundamento do ideal democrático, conforme abordaremos com mais detalhamento no próximo capítulo.

---

<sup>65</sup> GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 100.

Portanto a ponderação sobre a necessidade daquele que termina por dar a palavra final no sentido do que é a Constituição em atender ao chamado por legitimidade do titular do Poder Constituinte, o Povo, é uma questão que se mantém em aberto, à espera da engenhosidade dos constitucionalistas do século XXI que não se conformam com critérios meramente legalistas de representação da vontade popular. Nos capítulos 3 e 4 dar-se-á uma visão de alguns posicionamentos que parecem indicar o caminho a perseguir.



### 3

## O Estado constitucional e o Neoconstitucionalismo

3 O Estado Constitucional e o Neoconstitucionalismo      3.1 A função das constituições no Estado de Direito característico do Século XIX e no Estado Democrático de Direito do século XX      3.1.1 Estado de Direito versus o Estado Democrático de Direito      3.1.2 Constituição e Democracia      3.2 A mudança no paradigma da função judicial : da interpretação à ponderação

Embora as bases sobre as quais estão lastreadas as teorias clássicas de controle de constitucionalidade se encontrem num modelo ideal conforme descrito no capítulo anterior, a realidade dos ordenamentos jurídicos, notadamente no século XX, apresentou fisionomias muito distintas.

Note-se que uma defesa do “constitucionalismo” em si não remete a uma negação das específicas versões de um certo “positivismo” , presentes nas concepções dominantes de Marshall e Kelsen, explicitadas no capítulo anterior, já que, em princípio, a presença de uma Constituição só modifica o modelo de estruturação do ordenamento<sup>1</sup>. A isto não se negaria um Estado de Direito baseado em uma forte separação de poderes, codificado e sob a figura de um juiz fiel seguidor da lei.

No entanto, avanços na teoria da linguagem, logo absorvidos pelo direito, conjugados com as próprias modificações das expectativas quanto às áreas de atuação do Estado e a emancipação das multiplicidades, existentes no corpo social, provocaram natural reflexo no corpo da *lex legum* e da normatização infraconstitucional e no exercício da jurisdição estatal<sup>2</sup>.

É objetivo deste capítulo demonstrar estas mudanças. Note-se que o “neoconstitucionalismo” em si não remete a uma mudança inerente substancial na figura do Judiciário (ou de qualquer outro órgão) como o principal guardião da Constituição. No entanto, e aí o enfoque visa eminentemente o sistema do “judicial review”, o reconhecimento de mudança estrutural na teoria de direito

---

<sup>1</sup> SANCHIS, L. P., *Constitucionalismo y Positivismo*, p. 7.

<sup>2</sup> COMANDUCCI, P., *Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico*, p. 96.

desta magnitude exige do teórico uma re-análise de vários institutos fulcrais ao modelo anterior.

Este trabalho então deseja demonstrar que todas as falhas inerentes à guarda “conservadora” da Constituição, as quais são reconhecidas tanto pelos seus defensores quanto pelos seus detratores, seja nos cuidados de que alertam os primeiros, seja nas virulentas críticas efetuadas pelos últimos, como nos vimos anteriormente, são extremamente exacerbadas nesse novo Estado Constitucional.

Isto, por certo, não torna o modelo contraposto, qual seja o “populista”, imediatamente adequado para as realidades constitucionais dos países sob o *judicial review*. No entanto, torna premente que sejam interrompidas as reproduções de doutrinas que não mais podem subsistir intocadas, sem ao menos que se busque alguma forma de alteração, sob pena de se vilipendiar o próprio ideal de legitimidade da função estatal que é tão caro ao próprio Estado Democrático de Direito.

### 3.1

#### **A função das constituições no Estado de Direito característico do século XIX e no Estado Democrático de Direito do século XX**

A emergência do Estado de Direito é um triunfo da razão humana sobre a arbitrariedade. Na Revolução Francesa, seu rompimento mais brusco com a ordem anterior, visualiza-se claramente a distinção que causou no convívio social: as regras que regulavam os cidadãos não eram mais definidas *post-factum* por um determinado homem, nem haveria tratamentos que fossem conforme aquele que frente ao juiz se apresentava.

Esta concepção dá-se às custas de um severo estoicismo na definição da função judicial. A aplicação do direito deve ser estrita aos ditames legais, que abarcaria todas as situações apresentáveis na realidade, nada restando ao arbítrio do intérprete. Diz Montesquieu que essa é a condição da segurança jurídica pois “quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar.(...) Nos Estados despóticos, não existe lei; o juiz é a própria regra. Nos Estados monárquicos existe uma lei, e nos lugares em que esta é exata,

o juiz a segue; e nos lugares onde não é, o juiz procura interpretar-lhe o espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição os juizes observarem a letra da lei.”<sup>3</sup>.

Há completa ausência de emoção no julgador, que atua mecanicistamente, distribuindo aquilo que o legislador houvera previamente decidido. Esta exclusão de qualquer sentimento no juiz, tanto os considerados ruins, como ódio, temor ou cobiça, da mesma forma que aqueles valorizados, como a piedade e a compaixão, é a resposta inevitável dos excessos da Justiça do Antigo Regime.

Note-se que, conforme muito bem observa Hans Kelsen no seu “Teoria Pura das Normas”, não há qualquer diferença para a configuração do Estado de Direito se o soberano que produziu a norma foi um indivíduo ou o povo. Tanto em Hobbes quanto em Rousseau, encontramos formulações que se adequam perfeitamente aos ditames do Estado de Direito.

Os próprios direitos fundamentais de 1ª. geração são perfeitos para esta concepção ao estabelecerem uma esfera privada (naturalmente) limitada de autonomia do indivíduo frente ao Estado que pode facilmente coadunar-se, quando não complementadas pelas demais “dimensões”, com espaços públicos de grande opressão como nas relações de trabalho ou políticas. O Estado com amplo poder de polícia não é um inimigo do Estado de Direito, desde que seus contornos sejam conforme a norma posta.

Em verdade, o núcleo deste modelo é o “princípio da legalidade” e este possui como inimigos os direitos metafísicos, sejam naturais ou vindos da tradição e os direitos por privilégio pessoal. A derrota do Absolutismo e do Antigo Regime é representada pela elevação da Lei, como fonte suprema do Direito. Por isso, a fundação do Estado de Direito na Europa Continental se confunde com o firmamento do Positivismo Jurídico.

Porém, este conceito meramente formal não pode ser aplicado a uma formulação de respeito à lei surgida mais de 100 anos, antes em terras inglesas. No cenário da *common law*, a própria história do parlamento mais como uma corte de justiça no estilo medieval fortaleceu uma noção de que a lei deveria ser “produto de justiça”, mais do que mero fruto da vontade política. Logo, o *rule of law* se distingue cabalmente do “princípio da legalidade” por fundar-se numa

---

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, pp. 88-89.

concepção dialética (*due process*) que visa na *iuris prudentia* e nos erros e acertos do caso em concreto encontrar as soluções. Não tem a pretensão de ser ciência, de elaborar conceitos maiores que possam ser derivados para o dia-a-dia dos cidadãos.<sup>4</sup>

É certo que o correr do século XX torna a aproximar os dois sistemas de direito: a *common law* torna-se cada vez mais dependente das emanações legislativas e o direito continental se abriu para as exigências de justiça através do conteúdo moral existente nas fórmulas principiológicas. No entanto, o argumento inicial é claro: os pressupostos do Estado de Direito Continental não são de modo algum intercambiáveis com os de uma sociedade que auto-intitula democrática além de fundada no Direito.

### 3.1.1

#### **Estado de Direito versus o Estado Democrático de Direito**

Outro dado importante dos ordenamentos característicos do Estado de Direito é a sua pretensão de homogeneidade. As normas surgiam fruto das concepções de certo de uma única classe: a burguesia. Este fato torna a legislação progressivamente menos adequada à realidade social, onde se fortaleciam o proletariado e as minorias, no entanto auxilia em princípio a manutenção do mito do “espírito do legislador”, em que o juiz poderia basear-se para descobrir alguma finalidade legal não evidente.<sup>5</sup>

Esta influência burguesa, que visa ligar seu poder econômico ao poder político, é visível na dupla faceta ainda hoje existente no princípio da legalidade (hodiernamente mitigado como veremos a seguir). Nos ramos do direito que regem a atividade estatal, tais como o direito administrativo, tributário e penal, a atividade é limitada ao disposto em lei. Porém, ao contrário, nos ramos do direito

---

<sup>4</sup> Ressalte-se, como explicado no capítulo 1, que o modelo americano, conquanto inegavelmente fundado no sistema da *common law*, no tocante ao controle de constitucionalidade, utiliza-se dos pressupostos aqui tomados para caracterizar o modelo do “Estado de Direito”.

<sup>5</sup> Isto era notadamente exposto no próprio cenário americano, a ponto de Carl Schmitt afirmar que a “Suprema Corte” americana derivava sua autoridade da inequívoca defesa de um modelo econômico hegemônico, cf. ressaltado na nota 66.

privado, pode-se dizer que a regra é a liberdade, só havendo limitação de autonomia expressa em lei.

Isto, também, facilitava a doutrina da inexistência de antinomias no Direito. Ter sido produzida por uma única classe, um único sujeito histórico, permitia que se desfilassem regras que funcionariam à semelhança de seus interesses. Isto era evidentemente fortalecido pela técnica de codificações, que tornavam o surgimento da positivação único na linha do tempo.

O Estado Democrático de Direito é uma modificação radical neste estilo de conceber o direito. As constituições do século XX são inovadoras, ao incorporar ao seu texto um amplo catálogo de valores, princípios e direitos fundamentais<sup>6</sup>. Isso deve ser entendido a partir do ingresso de inúmeros novos atores na produção cotidiana do direito.

O aprofundamento da soberania popular rousseauiana provoca demandas de uma atuação estatal não só ausente de intervenção na autonomia, mas presente no sentido de reduzir as desigualdades. Por exemplo, a dupla face do princípio da legalidade não é mais tão nítida. No campo administrativo, multiplicam-se as cláusulas vagas, abertas, com o fim de não tolher o Estado na busca do bem comum. Também os ramos tipicamente privados vêm-se envolvidos de normas de ordem pública para restringir a atuação individual, não deixando tão nítido, num primeiro momento, os limites possíveis da ação pessoal.

Os próprios caracteres de generalidade no espaço (ante os privilégios) e no tempo (abstração) são dogmas, que não resistem às necessidades sociais de forte proteção a certos grupos sociais e de flexibilidade para atuar contra desafios não previstos, originalmente, através do lento processo legislativo. Enquanto a “igualdade material” justifica a desigualdade a certos grupos no primeiro caso, novamente fórmulas principiológicas, carregadas de maior abstração e eticidade do que as antigas regras, suprem o último desafio.

O caráter “compromissário” da lei é o fruto da complexidade social. Como não se pode mais falar, em ficção ou em realidade, seja de um único grupo que possa ser majoritário frente ao corpo social todas as normas, inclusive aquelas de natureza constitucional, são resultado dos acordos feitos no campo parlamentar. Isto multiplica os assuntos abordados na legislação (que ora tem de atingir os

---

<sup>6</sup> SANCHIS, L.P., *op. cit.*, p. 173.

infinitos interesses sociais) e também a singularidade com que estes possam ser abordados. Fórmulas de consenso da natural heterogeneidade facilitam os acordos. Não há mais como falar em um ordenamento jurídico, quando de fato existem vários grupos normativos unificados nos comandos constitucionais, estes mesmos nascidos de soluções igualmente com inspiração “contratual”. A crise mundial por que passa a idéia de codificação é a evidência mais clara da superação de paradigma por que estamos passando.

Isto não deve levar à confusão dos caracteres das constituições contemporâneas com as de um contrato comercial. São algumas as distinções: os contratos têm como objeto relações patrimoniais, enquanto as constituições têm, classicamente, a função de estruturar o governo e estabelecer os direitos fundamentais; contratos resolvem, no seu âmago, uma questão pontual, enquanto as constituições buscam acomodar inúmeras relações sociais; e, por último, conquanto a aceitação é indispensável nas relações contratuais, na teoria política é mais correto dizer que para as constituições basta a aquiescência do corpo social<sup>7</sup>.

Isto agrava a dissonância entre o modelo de atividade judicial pressuposto e o real exercido. Se a possibilidade de limitação total à discricionariedade judicial era improvável num modelo de regras, a sensível maior abstração constitucional<sup>8</sup>, quando comparada ao modelo de leis ordinárias, torna as atividades completamente dissociadas. Por sinal, é o fenômeno contrário que ocorre: a discricionariedade movimenta-se do corpo legislativo exatamente na direção do corpo judicial<sup>9</sup>. A fundação de um modelo jurisdicional sobre o conceito de “ponderação de interesses” explicita um crescente decisionismo que se apresenta na função judicial que certamente confirma os maiores receios tanto de Hans Kelsen como de Carl Schmitt<sup>10</sup>, conforme discutido no item 2.3 dessa dissertação.

---

<sup>7</sup> Para uma mais profunda análise sobre o tema ver HARDIN, R., “*Liberalism, Constitutionalism and Democracy*”, Oxford Univ. Press, pp. 82-140, 1999.

<sup>8</sup> Da qual, por sinal, é notável precursora a Constituição Americana de 1.787, fruto de posições antagônicas amainadas no seio da Convenção da Filadélfia.

<sup>9</sup> SANCHÍS, L.P., *op. cit.*, p. 173.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 32.

### 3.1.2

#### Constituição e Democracia

Estes caracteres, porém, não explicam toda a modificação conceitual do Direito pela qual passamos. As democracias atuais caracterizam-se por diversos esquemas de troca entre os grupos de interesse que formam a nossa sociedade pluralista<sup>11</sup>. O modelo propagado, sobretudo após o final da primeira guerra mundial, força ao estudioso reconhecer que o ideal de um Estado encarado como um todo unitário deve ceder para a “realidade de uma sociedade dilacerada, dividida em grupos antagônicos, que tendem a oprimir e estabelecem entre si tréguas mas não pazes duradouras”<sup>12</sup>. É assim que se criam as nossas constituições.

Isto está muito distante do ideal rousseauiano. Para o filósofo francês, como visto, a vontade geral não se confunde com o interesse coletivo, mas sim com uma espécie de “conteúdo geral compartilhado”. É a individualidade “geral” e não várias individualidades singulares agrupadas (ou seja, o interesse da maioria): “o que generaliza a vontade é menos o número de votos do que o interesse comum que os une”<sup>13</sup>. Hoje, porém, encarar como próximo da realidade o artigo 45 da Constituição Federal quando este diz que a Câmara de Deputados se compõe de representantes do “Povo”, no sentido de “todo” tal como na obra do tratadista francês é simplesmente ingênuo. Os membros do Poder Legislativo, de fato, representam os interesses particulares que os elegeram. Portanto, essas “sociedades parciais”, que tanto Rosseau queria banir, são mais fortes do que nunca.

A solidificação do “mercado político” torna os cidadãos eleitores em “clientes”, onde o “voto de permuta” consagra a relação entre produtores e consumidores do Poder. No contraponto da prestação que é o voto, o eleitor exige

---

<sup>11</sup> BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia*, p. 144.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 147. Isto ajuda a explicar inclusive as reservas que Carl Schmitt possuía em relação ao ideal democrático.

<sup>13</sup> ROSSEAU, J.J., *op. cit.*, p. 43. Este sentido de “ética do cidadão” está também na idéia de representação presente em Madison, que n’o *Federalista*” fala de um “corpo escolhido de cidadãos, cuja prudência saberá distinguir o verdadeiro interesse da sua pátria e que, pelo seu patriotismo e amor da justiça, estarão mais longe de o sacrificar a considerações momentâneas ou parciais.” (*op. cit.*, p. 64).

do seu representante que dê a si especialmente certas concessões através de mais direitos ou menos deveres. E isso, ao contrário do que possa parecer, traz uma enorme qualidade do sistema existente pois ao contrário das

“sociedades tradicionais, nas quais a maior parte das pessoas submetidas não conta nada e não intervém no processo de legitimação, basta [ndo] o exercício do poder punitivo para manter sob controle a massa ignorante, pobre, sem direitos civis e menos ainda políticos. [...] Na democracia não: na democracia, a massa dos cidadãos não apenas intervém ativamente no processo de legitimação do sistema em seu conjunto, usando o próprio direito de voto para apoiar os partidos constitucionais, e também não o usando, pois neste caso vale a máxima de que quem cala consente (...), mas – e isto é mais importante – intervém na repartição do poder de governar entre as várias forças políticas em campo, distribuindo diversificadamente os votos de que dispõe. É natural que num sistema democrático, o poder não possa – tal como o burrico da fábula – ser conservado apenas à base do bastão; faz-se necessária também a cenoura”<sup>14</sup>.

A solidificação da regra do sufrágio universal conduz que o “Constitucionalismo” funcione, por assim dizer, como as regras do jogo de formação do Direito que estamos jogando. Este deve garantir que os processos que levarão à formação do ditos “compromissos” seguirão um modelo preferencialmente inclusivo. O tema da soberania popular pende neste fio de navalha, sempre atento que mais que um “ordenamento”, esses amplo acordos constitucionais representam uma “desordem”<sup>15</sup> de valores.

Utilizando o célebre adágio de Lincoln, o governo deve ser “pelo povo e para o povo”. Ou seja, cada um deve identificar-se como autor e destinatário das normas. Isto só se dá deslocando-se o estudo de uma idéia de Povo com “P” maiúsculo, que invariavelmente descambe para formulações unificadoras de poder, para concentrarmo-nos nos indivíduos que devem ter a possibilidade própria de intervir.

Este cenário tenha indelével influência da tradição republicana que também inspira a Revolução Francesa e seus ideólogos, mas possui em seu bojo uma radicalização daquele desencantamento que ocorreu há dois séculos. Se antes não podíamos mais ter fé na legitimidade da autoridade baseada na tradição, a prática rapidamente demonstrou que a legitimidade baseada na razão pode ser igualmente mistificadora.

---

<sup>14</sup> BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 156.

<sup>15</sup> SANCHÍS, L. P., *op. cit.*, p. 174.



Não se pretende em nenhum momento insinuar de que o modelo francês do início do século XIX represente um modelo inalterável do “Estado de Direito” continental. Porém, é possível afirmar que as variações que houve em outras situações de tempo e lugar não conseguem, até o século XX, dar conta da multiplicidade existente no seio da sociedade.

Isto ocorre desta forma pois as codificações do século XIX conseguiam de forma bastante adequada refletir os ideais liberais da burguesia dominante sob um manto de neutralidade e cientificidade, num contexto de maior homogeneidade que habermasianamente poderíamos chamar de “sociedades convencionais”, enquanto as constituições “abertas” pós 1945 só podem aspirar ser soluções de compromisso de opções políticas e direitos humanos compartilhados por sociedades multifacetadas. Comenta Zagrebelsky:

*“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo Del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentiales. Una función inexistente en otro tiempo , cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era in sí misma, unida y pacífica”<sup>16</sup>.*

E exatamente quando as conseqüências dos direitos políticos conferidos começam a ganhar força, com a emergência dos direitos sociais (cujos primórdios podem ser mapeados na Constituição mexicana e na muito mais influente Constituição de Weimar) , esse modelo se mostra insustentável. A proteção das liberdades fundamentais não é mais o suficiente, exigindo-se a eliminação das desigualdades.

A valorização dos princípios, fórmulas legais de enorme abstração e sensíveis à moral social intercambiante, leva à argumentação, modo de conquistar o significado compartilhado de um Direito que, como se vê, só se mantém pelo sua natureza camaleônica.

Por isso, podemos afirmar ser um equívoco usarmos das expressões “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito” indistintamente. Exatamente a exacerbação do componente democrático impõe a mudança no paradigma. O povo, com “p” minúsculo como dito, assumindo a sua atribuição antes formal na

---

<sup>16</sup> ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil*, p. 40.

feitura das leis torna indesejada a manutenção de um modelo legal rígido, já que este privilegia o detentor anterior do poder e não o atual. E na sociedade atual, a legitimidade que urge justificar o poder só pode ser conseguida através do respeito aos reclames do corpo social.

### 3.2

#### **A mudança no paradigma da função judicial : da interpretação à ponderação**

No ideal dos poderes do Estado a função de distribuir a Justiça, um dos mais nobres valores, baseia-se na aceitação da imparcialidade do juiz. A Revolução Francesa (em tradição que todos os sistemas continentais de direito recebem) concebe este julgador como mero aplicador *in concreto* da vontade geral da nação expressa na lei. A exatidão de suas decisões, semelhante à de um matemático, que são as únicas corretas, é o resultado da sua invulnerabilidade às paixões que o rodeiam.

Neste enfoque diz Savigny, a interpretação é elucidar o conteúdo da lei. É operação meramente técnica, em que se deduz o significado de norma não clara ou imprecisa: *interpretatio cessat in claris*.

Relembre-se que Kelsen, em mais um dos desenvolvimentos desconcertantes que caracteriza sua obra, difere um tanto deste entendimento no chamado “método voluntarista” da Teoria Pura do Direito. Neste, a interpretação é vista como um ato de decisão (*sinngebung*) e não um ato de cognição (*sinnverstaendnis*). Reconhece o autor austríaco que o intérprete ao optar por um dos possíveis significados daquele significante, move-se mais pelo desejo que pela inteligência. Explicita Bonavides o corte metodológico:

“refere ainda Kelsen a distinção entre o seu método e as demais teorias interpretativas. Com efeito, a jurisprudência clássica e a teoria mais comum da interpretação, ordinariamente buscavam inculcar que a lei aplicada ao caso concreto somente pode fornecer uma única decisão certa e que a ‘certeza’ dessa decisão se fundamentava na lei mesma. Afirma então o normativista de Viena que nessa interpretação clássica, o ato interpretativo tomava a feição de uma exclusiva operação intelectual, como se o intérprete empregasse tão somente os poderes da razão e dispensasse o exercício de sua vontade, ao extrair, por via intelectual pura,

de um quadro de múltiplas possibilidades, aquela única que no direito positivo corresponderia à escolha certa”<sup>17</sup>.

Esta indeterminação é inerente ao caráter de código da palavra e, a escolha em si, não representa qualquer demérito para as opções deixadas de lado. Este exercício representa a política judiciária de quem também o juiz é instado a utilizar-se. Note-se que isso não expressa a filiação de Kelsen à escola de livre criação do direito, pois a barreira dos limites de significados do texto da norma se mantém. Ao mesmo tempo, porém, não se estabelece nenhum critério a esta discricionariedade judicial, não obstante a considere, como visto no capítulo 1, de todo indesejada e devendo ser ao máximo reduzida.

Outro grande teórico do direito de matiz positivista, agora do mundo anglo-saxão, o professor Herbert Hart não negava que a clássica fórmula silogista de premissa maior (lei geral e abstrata) que se subsume à premissa menor (caso concreto) , numa operação de caráter matemático, não explicava a realidade prática da operação do direito.

Este se refere a “*textura aberta do direito*” , constatando que o desafio de estabelecer códigos gerais de comportamento necessita de dois expedientes contraditórios e complementares: o uso máximo de termos amplos (legislação) e o uso mínimo (jurisprudência). O primeiro estabelece o rumo a seguir-se, antes da tomada de decisão, e o segundo estabelece o exemplo que ampara o uso anterior através do bom-senso.

Não devemos, porém, supor que este modelo se adequasse a todas as dúvidas (ou mesmo a maioria delas) que podem surgir no cidadão que deseja seguir a lei. A linguagem é, naturalmente, limitada e os métodos de interpretação, mesmo para o jurista de formação, só nos auxiliam a diminuir as questões, nunca a eliminá-las. Podemos dizer que os chamados “casos fáceis” são apenas aqueles “em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser ‘automático’, são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, p. 410.

<sup>18</sup> HART, H., *O Conceito do Direito*, p. 139.

Porém, um positivista de concepção refinada como Hart está pronto para reconhecer que a definição supra é extremamente limitativa, devendo ter excluídas as “variantes” de tais casos familiares, estabelecendo a partir daí o amplo feixe de escolhas que cabem aquele que deve decidir. Neste caso, o intérprete deve ponderar se a situação concreta se assemelha “suficientemente” aos termos da regra cotejada nos seus aspectos “relevantes”. Isto, porém, não se reflete num reconhecimento de qualquer caráter arbitrário na aplicação da norma, porém na exigência da sua racionalidade.<sup>19</sup>

Assim, em escassas páginas, Hart aceita a impossibilidade de uma concepção “mecanicista” de uma ciência do direito: “*o vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral*”.<sup>20</sup> Uma postura nesse sentido em relação ao direito alcança seu ápice quando certos conceitos jurídicos adquirem definições tão consensuais na comunidade jurídica que a postura contrária adquire imediata reprovação de “erro”. Da mesma forma, outro momento supremo é a transição entre diversos ramos do direito, mesmo à custa de alguns paradoxos (ex: conceito de decadência no CDC que admite interrupção ao contrário do Código Civil ; certos conceitos de direito civil no CTN).

Talvez aí se concentre a grande balança do direito , no eterno pendor entre a segurança jurídica de conceitos abstratamente formuladas e a aplicação destes, considerando a finalidade social da norma no caso concreto. Hart consegue ainda identificar duas técnicas legislativas que auxiliam a evitar os extremos formalistas e antiformalistas: o deixar a definição de certos termos propositadamente vagos à discricionariedade administrativa<sup>21</sup> (ex: “preço justo” e “condições de segurança”), sempre com a garantia de que a “razoabilidade” das decisões tomadas nestas normas de “textura aberta” (agora também pelos cidadãos) passe pelo crivo do Judiciário.

---

<sup>19</sup> No direito inglês é chamado de “*ratio decidendi*” a fundamentação das decisões que tem como objetivo a constituição de precedente para o futuro.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>21</sup> “Noções confusas” segundo a terminologia criada por PERELMAN, C., *Ética e Direito*, p. 671.

De forma variante conforme o sistema jurídico estudado, vêm complementar tais espaços de indeterminação a função do “precedente jurisprudencial”. Este serve de representação do “consenso muito geral”, que há na maioria das decisões e que exige do juiz para não segui-la a identificação dos pontos discrepantes do caso concreto com o precedente que configurem uma exceção ao estabelecido (a chamada técnica do *distinguish*).

Toda essa descrição do sistema legal serve para que Hart exponha como se forma a nossa noção do “sentido” das normas legais, mas também para demonstrar que, notadamente no sistema anglo-saxão, a

“função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Na Inglaterra, este fato é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais freqüentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a ‘intenção do legislador’ e o direito que já existe”<sup>22</sup>.

Note-se então que mesmo tais versões elaboradas da “Teoria do Direito” numa versão “positivista” ainda possuem em comum a convicção de que na quase totalidade da atuação jurídica, a regra da subsunção ainda é adequada, bastando a mecanicista adequação do fato à norma.

Quando se observa o vasto poder discricionário dos tribunais em todos os sistemas jurídicos, natural que se abra espaço para uma concepção cética sobre a função das regras que, em último grau, resume tudo ao cumprimento das ordens emanadas pela autoridade judicial. Poderíamos resumir este pensamento nos dizeres de Llewellyn: “*as regras são importantes na medida em que nos ajudam a prever o que os juízes farão. Tal é sua única importância, à parte do fato que constituem lindos brinquedos*”<sup>23</sup> e na famosa frase do Bispo Hooley: “*Não, seja quem for que tenha a autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis escritas ou orais, é ele o legislador para todos os fins e propósitos e não a pessoa que primeiro as escreveu ou formulou verbalmente*”<sup>24</sup>.

Evidentemente, esta posição levada ao extremo também não representa a realidade dos sistemas jurídicos. Os tribunais não se podem desviar, sob pena de verem questionada a sua autoridade, de certos limites na sua interpretação, tanto

---

<sup>22</sup> HART, H., *op. cit.*, 149.

<sup>23</sup> “*The Bramble Bush*”, 2ª edição, p. 9, *apud ibid.*, p. 149.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 149.

de natureza substancial (os significados possíveis daquele significante), quanto formais (competência, validade etc.). Não obstante a “franja” de criação do direito está lá e seja reconhecida de maneira excepcional (como Hart) ou cada vez mais em questões fundamentais ao direito (como Zagrebelsky).

No cenário alemão, encontramos em Friedrich Muller uma crítica bastante representativa do exacerbamento desse problema ao analisar a história do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,

“que professa na jurisprudência constantemente o credo da teoria tradicional da interpretação, segundo o qual um caso jurídico prático deve ser solucionado de modo que os fatos da vida [*Lebenssachverhalt*] a decididos sejam subsumidos à norma. Segundo esse entendimento deve-se identificar o conteúdo da norma para que o silogismo seja efetuado, para que a norma seja “aplicada”. Isso se faz a partir do teor literal, da história legislativa [*Entstehungsgeschichte*], da reconstrução da regulamentação em pauta a partir da história do direito ou a partir do nexos sistemático da norma no âmbito da sua codificação ou do ordenamento jurídico global e, por fim, a partir do sentido e da finalidade, a partir da *ratio* ou do *telos* da prescrição. Nesse sentido a solução do caso é uma conclusão silogística que por sua vez pressupõe a identificação do conteúdo da norma “aplicanda”. O conteúdo deverá ser imanente à prescrição: ele consiste – e nessa medida existe um dissenso na teoria tradicional da interpretação – na vontade subjetiva do doador da norma ou na vontade objetiva da norma. Para o Direito Constitucional ele consiste, por conseguinte, na vontade do legislador ou na vontade da Constituição.”<sup>25</sup>

O exposto reproduz com exatidão a posição “oficial” de nossos tribunais à aplicação das normas. No entanto, também lá a realidade jurisdicional é deveras distinta. Embora dogmaticamente a interpretação literal tenha como função delimitar as alternativas, o Tribunal Constitucional pode desconsiderá-lo em prol de uma decisão que “corresponda melhor a uma decisão valorativa da Constituição” (Sentença Kehl, de 30 de julho de 1953, que se utiliza de interpretação extensiva que contradiz o teor dos artigos 32 e 59 da Lei Fundamental). Conclui Muller que:

“a autolimitação programática aos tradicionais recursos exegéticos auxiliares é ilusória diante dos problemas da práxis, que os recursos metódicos não logram mais cobrir e encobrir, nem mesmo no plano verbal,” e que “uma análise da jurisprudência sugere o abandono da concepção tradicional. Muito pelo contrário, deve-se desentranhar em cada caso aquele elemento normativo que – desviando-se freqüentemente do teor literal da fundamentação judicial – decide o caso segundo a coisa, que, portanto não poderia ser eliminado mentalmente sem uma substancial alteração do resultado. Constata-se então que numerosos fatores normativos

---

<sup>25</sup> MULLER, F., *Métodos do Trabalho do Direito Constitucional*, pp. 21 e 22.

adicionais – encobertos pela forma verbal da metódica jurídica tradicional e seu estilo de apresentação – entram em jogo.”<sup>26</sup>

A conjugação de um modelo teórico superado, que não corresponde à realidade com as exigências de concretização de concepções de justiça no caso concreto, leva a soluções em que a decisão rompe com qualquer modelo normativo sem nenhuma espécie de fundamentação conclusiva (especialmente na técnica de “ponderação de bens”, observa Muller), tornando impossível qualquer verificação da correção da decisão tomada. Substitui-se o cânone positivista do direito como sistema sem lacunas (e que se utiliza, por sinal, de regras de interpretação savignianas que não foram formuladas para o Direito Público e o Direito Constitucional ) por um enfoque que despreza os requisitos de transparência e clareza num “quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizante indistinto quão acrítico ‘métodos’ exegéticos transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade -, mas rompe [*durchbricht*] essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar este desvio.”<sup>27</sup>. Um verdadeiro “caos metodológico”, nas palavras de Horst Ehmke.<sup>28</sup>

As “modernas técnicas de interpretação” utilizadas por esses contemporâneos tribunais constitucionais são, nesta concepção, meros artificios que permitem alcançar-se quaisquer decisões desejadas e assim mascaram o momento de mudança de um sistema de legalidade estrita em crise, frente a um modelo de busca incessante de legitimidade que não se pode permitir descuidar das garantias individuais e da segurança jurídica.

A concepção principiológica de direito do pós-positivismo é, sem dúvida, mais condizente com as constituições das contemporâneas sociedades pluralistas, porém põe em xeque também a concepção que devemos ter da função dos juízes (como os intérpretes da norma) nas nossas democracias , principalmente porque tacitamente incentiva as mudanças de sentido da norma ao longo do tempo, para que o cabedal constitucional possa vergar conforme a realidade, impedindo-o de ruir ao primeiro choque com a realidade transmutante.

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 28

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 32

<sup>28</sup> EHMKE, H., *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, Veröffentlichungen der vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 10, 1963 *apud* BONAVIDES, P., *op. cit.*, p. 416

O relacionamento entre legislação e jurisdição deixa de funcionar de maneira “hierárquica”, no sentido de que o juiz se apóia na lei formada conforme a Constituição, porque o julgador deve inspirar-se nos valores constitucionais para efetuar a interpretação do comando do legislador. Ao mesmo tempo a “ponderação” entre esses valores descreve muito melhor essa técnica do que a clássica “subsunção” do fato à norma.

Também Zagrebelsky reputa na concepção positivista de interpretação uma forma de pensar que prioriza na função do julgador a busca da vontade do legislador, criando um “*velo debilissimo para quien hubiese querido rasgarlo*”<sup>29</sup>. A máxima do *rule of law* do *dura lex, sede lex*, forma elegante de impor-se leis injustas e desapegadas da realidade social, não se coaduna com o “Estado Democrático de Direito”, onde o juiz deve servir a dois senhores concomitantemente: à lei e ao povo.

Daí é certo que tais conclusões aqui expostas não condizem com a afirmação de que “*el ordenamiento está siempre em condición de ofrecer al intérprete uma y solo uma resposta para regular el caso, solo com que se lo interprete correctamente*”<sup>30</sup>. Os métodos de interpretação parecem ter hoje a função de oferecer opções argumentativamente aceitáveis de leituras para a norma dada. Diz Bonavides:

“O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quantos aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.(...)

(...) A interpretação constitucional se move pois no plano delicado a que nos temos referido: de um lado, o jurídico, de outro, o político, ambos porém decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional.”<sup>31</sup>

Essa visão corresponde à constatação de que o Poder Legislativo fornece na legislação escrita o cerne das opções do direito de um povo, mas não tem como,

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 132

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 134

<sup>31</sup> BONAVIDES, P., *op. cit.*, pp. 420 a 422



nem quer muitas vezes (como nas “noções confusas”) ter a exclusividade desta resposta.

Abre-se a importância de que na “compreensão” dos problemas jurídicos se entenda o “sentido” daquele caso concreto e se lhe atribua um “valor”.<sup>32</sup> Isto se dá a todo o momento na práxis judiciária (ex: uma morte pode ser legítima defesa, homicídio simples, eutanásia ou genocídio) e, claro, é refletido pela estrutura subjetiva de cada intérprete, porém certas interpretações deverão ser privilegiadas por atenderem a mais a idéia de “certo” do corpo social conforme seu contexto cultural <sup>33</sup>. Estas categorizações necessárias a toda problemática jurídica são melhores observadas nos chamados *hard cases*, posto que estes põem de forma muito franca duas concepções diretamente opostas de direito cara-a-cara, porém não somente nestes, sendo essenciais, como já observava Hart, ao dia-a-dia dos casos (aparentemente) fáceis, somente escondidos por operarem silenciosamente na consciência dos juristas.

É de reconhecer-se que as categorias de vontade da lei ou do legislador são idealizações que buscam esconder o fato de que impera a vontade da decisão jurisdicional. O Direito Constitucional nos bancos escolares já reflete esta realidade ao ser cada vez mais ministrado como “Jurisprudência da Constituição”.

Repare-se que, cotejando com o modelo descrito que iniciou o constitucionalismo, qualquer forma de autoritarismo judicial, mesmo quando vinculado a mudança e não ao conservadorismo, não se mostra adequada, pois usurpa do povo atributos só seus. Como diz Forsthoff<sup>34</sup>, “o tribunal constitucional alemão já não se cinge ao papel de guarda ou protetor da Constituição, senão que se arvora titular de fato de prerrogativas de órgão representativo constituinte”.

---

<sup>32</sup> Essa concretude que propõe Zagrebelsky parece ser diretamente influenciada pela teoria material da constituição de Konrad Hesse, que entende a definição do sentido da norma e sua aplicação ao caso concreto um processo único, ao contrário dos juristas clássicos que definem abstratamente o sentido da norma. A obra de Hesse, por sua vez, é devedora do método tópico de Theodor Viehweg.

<sup>33</sup> A noção de “consenso” de Horst Ehmke ajuda a entender o que se busca aqui: não é a mera força autoridade da decisão inapelável, mas os argumentos persuasivos de “justeza e sensatez” (*vernünftig und gerecht-denkenden*) que emanam não só dos doutrinadores nas “teses dominantes” e dos juízes nos “*leading cases*” que levam às “jurisprudências pacíficas”, mas também da comunidade inteira (EHMKE, H., *VVDStRL 20*, 1963, pp. 71-72 *apud* BONAVIDES, P., *op. cit.*, p. 453). Outra correspondência seria o uso do termo “correção” na obra de Habermas, não tem o quê de verdade, mas sim de aceitabilidade racional combinada com consistência com o ordenamento jurídico de uma argumentação não cogente e superável no desenvolvimento histórico.

<sup>34</sup> FORSTHOFF, E., *Rechtsstaat im Wandel – Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1964, p. 154 *apud* BONAVIDES, P., *op. cit.*, p. 443.

É comum na formulação pós-positivista determinar que a solução a essa ruptura da noção de única resposta dada (“Estado de Direito”) deve ocorrer com a busca da resposta certa<sup>35</sup>, ou seja, que a uniformização da jurisprudência deve dar-se nas opções que atendam à “equidade” (“Estado de Justiça”). Pregam, portanto, que a abertura às práticas argumentativas no sentido mais amplo<sup>36</sup> ajuda o juiz na sua função primordial, fim maior do “distribuir a justiça”: estabelecer a paz social. E que só ouvindo todos os interessados, pesando todas as razões levadas ao seu conhecimento, poderá ter o subsídio necessário para convencer a sociedade de que a sua decisão é a mais equânime. Além disso formulam um modelo teórico que entendem que representa de forma mais verdadeira a realidade forense em que as partes falam ao juiz, buscando convencê-lo e não só esclarecê-lo.

No entanto, é também função do teórico notar a distância entre o cenário ideal e a realidade. A crise da legitimidade do Poder Judiciário nos Estados Unidos e, da denominada Justiça Constitucional, nos países europeus (como no Brasil) surge da distância entre como os juízes se vêem, meros reprodutores de soluções advindas da técnica jurídica, em relação à tarefa de criação que de fato fazem, e que deveria ser mediada por toda a sociedade, único modo de alcançarem no seu “dizer o direito”, a representatividade do corpo social. Tudo isto demonstra o processo que ensejou, nas palavras do ex-ministro do Tribunal Federal Alemão Ernst Von Böckenford que, com o deslocamento dos direitos fundamentais do estado legislativo, dominado pelo parlamento para o estado jurisdicional, a Corte Constitucional se colocasse como o “novo senhor da Constituição”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cujos maiores representantes, indubitavelmente, são as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

<sup>36</sup> É um bom exemplo de instituição jurídica com este enfoque o funcionamento dos *amici curiae* nas arguições orais frente a Suprema Corte Americana.

<sup>37</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 137.

## Capítulo 4

### Uma alternativa de atuação jurisdicional

4 Uma alternativa de atuação jurisdicional	4.1 Introdução	4.1.1 Modelos históricos republicanos
4.1.2 A mudança na concepção da “liberdade” no republicanismo: “liberdade como não dominação” invés de “liberdade como não interferência”	4.2 A estrutura de governo republicana	4.2.1 O Juiz Republicano
4.3 Institutos em prol de uma Guarda da Constituição Republicana	4.3.1 Jurisdição Constitucional Procedimentalista – A Jurisdição não Juriscêntrica	4.3.2 Defensor do Povo: contribuição do instituto romano do Tribunado da Plebe
4.3.2.1 Em que consiste o “Defensor do Povo”?	4.3.2.2 O quadro legislativo brasileiro e a rejeição da introdução do instituto na Constituição Federal de 88.	4.3.2.3 O “Tribunado da Plebe” da Roma Clássica e o “defensor civitatis” do Império Bizantino
4.3.2.4 O defensor do povo na guarda da Constituição	4.3.3 A presunção de constitucionalidade como Deferência ao Poder Legislativo	4.3.3.1 A utilização do “princípio da razoabilidade” pelos tribunais
4.3.3.2 A presunção de constitucionalidade e a “democracia de direitos”		

#### 4.1

#### Introdução

O republicanismo é uma formulação sobre o relacionamento entre autonomia pública e privada que, superando o comunitarismo, tenha uma definição de liberdade superior àquela dos liberais. A importância deste estudo para os operadores do direito vai além de uma simples importação de doutrinas alienígenas ou de um debate vazio sobre diferentes modelos de capitalismo das grandes nações. Ao consagrar a importância da forma de relação cidadão-governo que desejamos ter, a obra toca num objeto fundamental da estruturação de um Poder Judiciário em sociedades democráticas: quais são os limites de atuação deste poder estatal<sup>1</sup>.

O republicanismo enfrenta diretamente as restrições dogmáticas ao *judicial review* explicitadas nos capítulos anteriores, permitindo que o *local* da guarda da Constituição mantenha-se sendo a mais alta instância do Poder Judiciário, mas tornando o *sujeito* da guarda todo o corpo social, sem que isso se confunda com algum dos órgãos eleitos, ao contrário, portanto, dos modelos “populistas”.

---

<sup>1</sup> LEIB, E. J., *Redeeming the welshed guarantee: a scheme for achieving justiciability*, p. 3.

Um “plus” inerente a essa ampliação da noção de guardião sem abdicar-se do debate racional é a possibilidade de adentrar na seara de que matérias podem ser discutidas em sede judicial, quais não estão além do que deve um poder não sujeito ao crivo do sufrágio discutir e, dentre essas admissíveis, até que ponto é adequado o comando jurisdicional ordenar aos demais poderes, temas muitos caros tanto ao cenário brasileiro, tanto na luta pela “efetividade” quanto no debate da “reserva do possível”, quanto ao norte-americano, na eterna questão da “*justiciability*” da Suprema Corte.

#### 4.1.1

##### **Modelos históricos republicanos**

Conquanto vários pensadores do final do século XX se reconheçam como entusiastas deste modelo<sup>2</sup>, pode-se traçar as origens do republicanismo nas estruturas exigentes na Roma Antiga e nas concepções informadoras dos federalistas norte-americanos.

Os escritores romanos, onde se destacam o jurista Cícero e o historiador Políbio na sua leitura da obra aristotélica, buscaram efetuar um modelo onde a extrema autoridade do *pater família* não fosse obscurecida pela presença de um governo, a ponto daquele entender-se como um escravo destas autoridades. Isto significava dizer que a liberdade dos cidadãos dependia de que qualquer interferência no seu modo de vida fosse sem *dominatio*, sem arbitrariedade. A questão centrava-se em garantir o predomínio da busca constante do bem social (a *res pública*) pelo corpo administrativo.

A não-corrupção deste dependia de cinco fatores: que houvesse a limitação das autoridades pela lei, que existisse dispersão<sup>3</sup> desse poder por vários

---

<sup>2</sup> Dentre os quais podemos destacar Frank Michelman, Cass Sunstein, Philip Pettit, Maurizio Viroli e Richard Putnam.

<sup>3</sup> A “dispersão de poderes” tem sentido completamente distinto da “separação de poderes” baseada na obra de Montesquieu presente nas nossas constituições. Mais do que diferenciação de funções para exercer o poder em que estas possuam certas ingerências nas demais (os “freios e contra-pesos”) o republicanismo impulsiona a existência de um governo tão misto quanto seja possível, como forma de impedir a concentração de decisões seja num único poder, seja compartimentalizada em múltiplos poderes, dois modelos igualmente arbitrários.

funcionários e órgãos e também que nestes estivessem presentes membros de tantos quantas fossem as classes sociais em regime de rotatividade.

É fundamental notar a distância da estrutura da Roma Antiga em relação à Democracia grega. Os romanos, e a obra de Políbio é um grande exemplo disso, tinham grandes reservas da experiência dos vizinhos, portanto dando ao lado de eleições democráticas e participação dos cidadãos, igual importância à ausência de concentração de funções numa única instituição ou classe social.

Na criação dos Estados Unidos da América os “pais fundadores” sofreram enorme influência desta concepção, principalmente através da obra de James Harrington, um autor anti-realista inglês do século XVII. Foi natural após um movimento decorrente das exigências tributárias consideradas absurdas, feitas pelo Parlamento inglês, um perfeito exemplo de um soberano arbitrário.

Só esta tradição nos idealizadores da pátria americana já provocaria um natural interesse dos constitucionalistas americanos nas concepções republicanas<sup>4</sup>. Porém isso se exacerba ao se notar o amplo dilema do judiciário norte-americano de decidir se atua com poder demais ou de menos. A grande fase da Suprema Corte norte-americana, nas décadas de 60 até o começo da de 70, é acusada pela maioria da população, hoje conservadora, de atuar com excessivo ativismo. Um dos juristas mais influentes, Ronald D. Dworkin, na sua doutrina “herculizadora” da atividade judicial pode ser acusado do mesmo mal. E, ainda assim, as alternativas a esse modo de agir parecem ser ainda mais assustadoras, já que o “minimalismo” judicial, hoje imperante na Corte Rehnquist, representa complacência com excessivo aumento das ações do Poder Executivo, com notável ameaça às liberdades civis, como se apresenta na situação dos encarcerados em Guantânamo sem qualquer acusação contra si<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> É sempre útil lembrar que o método de leitura da constituição “originalista”, ou seja, que busca ler a Carta Magna sobre o olhar dos constituintes do “Congresso da Filadélfia” ainda possui grande relevo no cenário norte-americano, possuindo ainda influentes representantes na Suprema Corte (juizes Scalia e Thomas). Dessa forma, qualquer concepção que possa permitir uma interpretação que não negue os constituintes originários e mantenha o contato com a realidade após dois séculos adquire instantâneo interesse no debate jurídico.

<sup>5</sup> A postura “muda” do Judiciário norte-americano sobre o tema pode ser observada, por exemplo, nas decisões em *Al Odah v. United States* (321 F.3d 1134, D.C. Cir. 2003) e *Ctr. For Nat'l Séc. Studies v. DOJ* (331 F.3d 918, D.C. Cir. 2003) em que foi estabelecido a impossibilidade da utilização do instituto do *habeas corpus* em prol dos detentos na base americana citada e em *Hamdi vs. Rumsfeld* (337 F. 3d 335, 357, 4th Cir. 2003), que manteve o parecer da Administração de que as cortes não tem poder para rever as designações de indivíduos capturados em áreas conflagradas como “combatentes inimigos”.

#### 4.1.2

### **A mudança na concepção da “liberdade” no republicanismo: “liberdade como não dominação” ao invés de “liberdade como não interferência”**

A tradicional dicotomia, popularizada pelo filósofo Isaiah Berlin, estabelece que a humanidade se divide em duas concepções de liberdade, uma positiva, em que se torna necessária a atuação em prol de conquistar a sua capacidade de ação, e outra negativa, em que basta a existência de um campo de atividades ausente de interferência.

Mesmo nos filósofos representativos do liberalismo político com posições mais “avançadas”, como John Rawls, esta concepção se apresenta. Na obra deste jusfilósofo, há evidente prioridade ao primeiro princípio de justiça (“cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema de direitos e liberdades para todos; e neste esquema, as liberdades políticas iguais, e somente estas liberdades, têm de ser garantidas por seu justo valor”<sup>6</sup>). Esta justiça comutativa e a possibilidade de alcançar a idealização individual de bem-estar que advém daí têm completa predominância na obra do autor americano. Somente as dificuldades fáticas que impossibilitam o exercer pleno deste primeiro princípio justificam a ocorrência de um segundo princípio, esse de natureza distributiva. Portanto é ínsita a qualquer doutrinador liberal uma visão que lê a lei como um incômodo que deve ser usado com cuidado, posto que está sempre ameaçando nossa atuação livre, que é um pressuposto da condição humana.

Essa *liberdade como não-interferência* em Rawls apresenta-se igualmente quando ele declara que tais liberdades básicas só poderão ser delimitadas em detrimento de outras liberdades básicas e nunca por razões de bem público<sup>7</sup>. Esta inalienabilidade dos chamados direitos de 1ª. Geração não encontraria eco numa obra que definisse *liberdade como não-dominação*. A distinção reside em que uma maioria em condições ideais de deliberação e participação teria o poder de

---

<sup>6</sup> RAWLS, J., *Liberalismo Político*, p. 31.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 274-275

fazer em prol do “bem comum”. Portanto, podemos dizer que a igualdade substancial encontra-se num distante 2º. lugar na obra do jurista norte-americano.

Isso, entende Berlin, separaria Hobbes, Bentham e o liberalismo moderno de Rosseau, Hegel, Marx e o pensamento comunitário, o individualismo da Inglaterra da Revolução Industrial da cidadania da Atenas clássica. Dividiria, portanto, soluções de guarda da Constituição “conservadoras” de suas contrapartes “populistas”.

Esse modo de separar a filosofia política é o usual, porém equívoco ao esconder uma terceira forma de encarar a liberdade. A liberdade através das leis (em oposição a liberdade na ausência de constrição legal liberal) não corresponde necessariamente ao populismo<sup>8</sup>. Desta forma o republicanismo acredita na “condição contramajoritária”, ou seja, de que as maiorias devem possuir restrições, seja na sua capacidade de formação (através do processo eleitoral e do próprio bicameralismo ) ou no caráter das decisões que podem tomar (sendo aqui úteis as restrições constitucionais e a existência de uma Suprema Corte).

Numa leitura de Rosseau não radical-democrática, isto equivaleria a dizer que a “boa lei” é fruto da vontade popular, não simplesmente porque o povo a escolheu, mas porque lhe foram dadas condições para deste modo fazê-lo. Na busca da “vontade geral” (o “interesse comum”) devemos criar meios de que o maior número possível de idéias sejam discutidas e que, neste debate, possamos identificar aquelas que visam privilegiar interesses meramente particulares.

## 4.2

### A estrutura de governo republicana

Portanto, enquanto nos acostumamos a identificar democracia como um “*poder de autoria*” sobre as funções estatais<sup>9</sup>, o republicanismo insere um “*poder*

---

<sup>8</sup> Podemos afirmar que a forma de governo natural do republicanismo é a democracia pela necessidade de participação popular, porém não necessariamente através de formas de democracia direta como seria desejável numa versão populista. Em relação ao liberalismo é certo que, desde que o cenário de não-interferência seja preservado, modelos de monarquia ou aristocracia são naturalmente adaptáveis.

<sup>9</sup> Constituição Federal, art. 1º, § único.

*de editoração*” como fundamental para a realização da nossa liberdade. Para tanto, requer do governo que todas as suas atividades sejam expostas por um “princípio da publicidade” efetivo e constante, além de que o “princípio da fundamentação das decisões” abranja tudo que é feito nos três poderes com clareza e abarcando todos os pontos de vista que visaram modificar aquele projeto<sup>10</sup>. Exemplificando, isso ocorre *ex ante* num amplo “direito de petição” e em diversidade de oitivas públicas e participação popular nos órgãos estatais (pense no “quinto constitucional” e nos “representantes da sociedade” nas agências reguladoras) e *ex post* através de um Judiciário aberto ao crivo e à participação processual de “qualquer do povo” e mesmo por meio de modernos desenhos institucionais, como a figura do “defensor do povo” das constituições da Espanha e América espanhola.

Isto significa que as restrições que um republicano faz à força que possuem as determinações meramente por serem fruto da vontade popular são muito similares àquelas encampadas pelos liberais. Não podem ser aceitas como adequadas deliberações apenas porque superaram a regra da maioria. A diferença central reside na aceitação de que haja interferência sobre quaisquer campos, desde que o fruto de um processo que privilegia a inexistência de arbitrariedade.

É inegável o relevo que um espaço público aberto para a livre circulação do pensamento adquire num governo republicano. Isto significa que a liberdade de informação através da multiplicidade e a facilidade de acesso a meios de comunicação deve estimular a formação de uma opinião pública com características deliberativas. Cláusulas como a liberdade de expressão e de imprensa se tornam paradigmas para a leitura do texto constitucional.

Apesar de ser muitas vezes negligenciada nas obras sobre direitos fundamentais, o direito à educação aparece aqui com relevo indelével. Só sendo assegurado pelo Estado, educação completa e universal<sup>11</sup>, podemos ter a

---

<sup>10</sup> Cass Sunstein é claro no que significa em termos de controle popular a exigência de motivação: *“the requirement of justification in public-regarding terms – the civilizing force of hypocrisy – might well contribute to public-regarding outcomes. It may ‘launder’ preferences by foreclosing certain arguments in the public domain, including, for example, those involving racial or sexual prejudice. It might even bring about a transformation in preferences and values, simply by making venal or self-regarding justifications seem off-limits”* in *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, Free Press, p. 244.

<sup>11</sup> Constituição Federal, título VIII, capítulo III, seção I.



expectativa que haja um substrato fático mínimo de circulação e discussão de idéias.

Esta “*democracia deliberativa*” aproxima-se das definições de Habermas e Sunstein<sup>12</sup>, de procedimentos que permitam aos cidadãos o debate e a escolha racional das melhores razões. Não obstante, o republicanismo não se detém longamente sobre as possibilidades fáticas de consenso em sociedades multifacetadas, mas tão-somente em garantir condições para que a tomada de posição não provoque rachas incontornáveis, no seio social. A intenção da capacidade de consenso pela força da razão é substituída pela convicção da importância do pluralismo para o bem-estar social.

Portanto não se torna imperativo o “consenso”, mas sim a “contestabilidade” de todas as decisões<sup>13</sup>. Em todas as decisões tomadas pela nação, seja na esfera administrativa, legislativa ou judiciária, deve ser possível ao cidadão encontrar a sua participação, seja na feitura, na aceitação expressa ou tácita ou na contestação ouvida, mas ao fim derrotada. Logo, mais importante do que saber quem está ao lado do decidido está em saber quem discutiu ou poderia ter discutido aquela ordenação.

Os procedimentos para a contestação devem ser rotineiros e acessíveis. As instituições devem estar preparadas para discutir todos os temas e rever suas decisões, sem temor de perda da sua autoridade. Numa democracia, a legitimidade dá-se pelo caráter aberto do exercício do poder e não mais pela sacralidade do poder. Seriam impensáveis as decisões que a Suprema Corte Americana, notadamente a autorização do aborto e a vedação de leis anti-sodomia, se sua atuação não fosse caracterizada por um amplo debate com a sociedade que não se esgota no momento do *leading case*, mas se protraí no tempo.

Fundamental nessa estratégia para conquistar a aceitação do outro e seus posicionamentos é tornar essa democracia igualmente “*inclusiva*”. Não desprezando a necessidade de profissionalização da administração pública, notadamente nos Poderes Executivo e Judiciário, é interessante a um Estado republicano, a presença de determinado mínimo estatístico de representação dos

---

<sup>12</sup> PETTIT, P., *Republicanism: a Theory of Freedom and Government*, p. 188.

<sup>13</sup> “*The non-arbitrariness of public decisions comes of their meeting, not the condition of having originated or emerged according to some consensual process, but the condition of being such that if they conflict with the perceived interests and ideas of the citizens, then the citizens can effectively contest them*” (PETTIT, P., *op. cit.*, p. 185).

principais grupos sociais. Políticas de inclusão que impeçam a dominação por grupos religiosos, por gênero, por classe ou por raça são, portanto, recomendáveis. Muito embora, o grande especialista brasileiro no tema, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, não se tenha referido especificamente ao Poder Judiciário, suas palavras ao tratar das vantagens das políticas de “ação afirmativa” são extremamente adequadas ao tema:

“(...) De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. (...)”<sup>14</sup>

É útil ressaltar as vantagens que este modelo de governo poderia trazer em termos de respeito e aceitação das suas medidas, principalmente quanto às leis que fossem editadas. Ao lado de impedir que facções possuam o poder, um processo que privilegiasse tanto a participação popular (sem que isto anarquize ou tiranize a forma de governo) facilitaria a “internalização” de tais normas e de “identificação” com o destino nacional. A cidadania ressaltada permitiria a ligação natural do projeto da sociedade como um todo com aquele individual, ensejando o fortalecimento de um “*patriotismo constitucional*”<sup>15</sup> inexistente no modelo liberal.

#### 4.2.1

##### O Juiz Republicano

O republicanismo parece apresentar no campo do direito uma alternativa de tornar novamente central o trabalho legislativo sem com isso constranger o Poder Judiciário pois este, ao ensejar o republicanismo, tornar-se-á automaticamente

---

<sup>14</sup> GOMES, J. B. B., *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*, p. 132.

<sup>15</sup> Defina-se aqui “patriotismo constitucional”, sinteticamente, conforme o professor americano Frank Michelman: “ ‘*Constitutional patriotism*’, it appears, is the morally necessitated readiness of a country’s people to accept disagreement over the application of core constitutional principles of respect for everyone as free and equal, without loss of confidence in the univocal content of the principles, because and as long they can understand the disagreement as strictly tied to struggles over constitutional identity” (*Morality, Identity and ‘Constitutional Patriotism*, p. 269)

pronto para atacar sem reservas um amplo número de questões que se lhe apresentam.

A proposta soa, por certo, estranha a muitos dos mais insígnis e avançados pensadores constitucionais de ambos os países continentais; exatamente pelo pensamento republicano renovar o valor pelo “controle de constitucionalidade” ao se opor a uma visão comunitarista de sobrevalorizar o assembleísmo, coadunada com uma tendência natural advocatícia de ter fé na independência judicial e na sua capacidade argumentativa de convencê-los de suas melhores razões e uma descrença no trabalho legislativo. Houve, também, nestes autores, um natural pendor de “herculizar” a esfera judicial.

É útil agora esclarecer este termo já antes empregado: a “herculização” da função judiciária. Para tanto, cabe a comparação entre a idealização da função judiciária com três partícipes da mitologia grega: Júpiter, Hércules e Hermes<sup>16</sup>.

Todos os modelos jurídicos interpretativos clássicos, conforme expostos no capítulo 2, fundam-se no juiz jupiteriano. Trata-se daquele que representa o ideal de racionalidade dos códigos de Napoleão e do Estado de Direito. O sábio, vestido pela toga, proclama a verdade jurídica exposta de forma indubitável nos textos emanados pelo soberano. Do alto do Olimpo, pouco tem esse Júpiter que importar-se com a realidade dos que lhe adoram.

No entanto, como se observou, a nossa era não aceita mais o mito da simplicidade, entrando este modelo em crise com o aprofundamento do Estado Democrático de Direito e do modelo principialista. Mesmo não sendo mais possível defender a univocidade do sentido normativo, a possuir a autoridade de emanção divina do Direito incontestável, agora, na aplicação do “*Jus*” o Hércules (de Dworkin) é um ser humano superior, que, conhecedor de todos os princípios do Direito vigente, é capaz de manter-lhe a coerência, “reconstruindo” o ordenamento, que, não pode mais ter sua “integridade” pressuposta pela simples estrutura da legislação.

Logo, o sistema pós-positivista dworkiano, embora inegavelmente mais complexo e conforme a realidade jurídica contemporânea, reencontra o modelo clássico ao manter a valorização de uma unidade ideal do Direito e da

---

<sup>16</sup> Este cotejo é baseado na lições do professor François Ost em seu artigo *Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modes de justice*, pp. 1-70.

conceituação clássica da separação de poderes e da segurança jurídica,<sup>17</sup> para tanto concebendo um modelo de julgador que resulta tão inacessível ao cidadão comum quanto àquele vigente no auge do positivismo jurídico.

Esta forma de pensar, não obstante, não acolhe da melhor maneira o quê contestativo que é a base do republicanismo. Os julgados que se baseiam na “razoabilidade” de sua fundamentação são tão ou mais nocivos para a democracia deliberativa quanto as decisões parlamentares mal-discutidas. O Judiciário estaria melhor servindo a causa republicana ao adotar uma postura que assegurasse aos cidadãos que o Congresso atue de forma não-dominante.

Por um lado, permitir-se-ia que o Congresso ou seja, os representantes do povo, dissessem com absoluta autoridade o que significa o texto constitucional e quais valores são predominantes. Mas, ao mesmo tempo, estar-se-ia bastante atento para que este processo legislativo funcionasse de forma a mostrar as múltiplas expressões culturais significativas do sentido da norma.

Aqui a figura de Hermes, figura que no Olimpo atuava como mero porta-voz, parece representar melhor uma sociedade que deseja ter voz não só na formação das leis como também no estabelecimento do seu significado. Hermes nos leva a uma jurisdição, não por acaso, adequada ao conceito de *prudencia* romana, de reflexão dos melhores caminhos a seguir, ao invés de simples imposição da “vontade da lei”, seja por força da “convenção” (Júpiter) ou da “invenção” (Hércules).<sup>18</sup>

Há um acórdão do Supremo Tribunal Federal em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com fundamento na doutrina alemã, abraça concepção da atuação judiciária frente ao “contraditório” muito similar à aqui defendida:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA n° 24.536-4 -  
DISTRITO FEDERAL

---

<sup>17</sup> MAIA, A. C. e SOUZA NETO, C. P., Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy, , in *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 72.

<sup>18</sup> Na obra do professor americano Sanford Levinson a metáfora se dá na forma da comparação entre o “ortodoxia cristã” de uma Suprema Corte que só admite a sua própria interpretação dos “textos sagrados” frente a um “protestantismo” que sublinhe também a autoridade dos outros Poderes, dos movimentos sociais e dos indivíduos em realizar as suas interpretações da Constituição (*A Dialogue with the People, or a Juricentric view of the world? Why the Supreme Court should be televised when it announces its opinions*. Disponível em: [http://writ.news.findlaw.com/scripts/printer\\_friendly.pl?page=/commentary/20020723\\_levinson.html](http://writ.news.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=/commentary/20020723_levinson.html). Acesso em: 27 set 2003.)

(...) Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234)

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão:

‘Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas’ (Constituição Federal Brasileira -- Comentários, Rio de Janeiro,, 1902, p. 323).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘*Anspruch auf rechtliches Gehör*’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 70, 288—293; sobre o assunto, Ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363—364)

Daí afirmar-se, coerentemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

-- direito de informação (*Recht auf Information*) que obriga o julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo sobre os elementos dele constantes

-- direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

-- direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte—Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363—364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85—99)

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig/Assmann, irL: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97)

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218

(218); Cf. Cf. Dürig/Assmann, in:Maunz—Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art.:103, vol. IV, nº 97)(...)”

A Suprema Corte e toda a jurisdição assim não ficariam mais tolhidas em analisar atos que hoje se escondem sob o manto da “discrecionariade administrativa”. Como a postura não é de tutela, de um dono da razão que explica o melhor a ser feito, mas de um conselheiro, que verifica se houve espaço para a análise das melhores razões, nenhuma busca do “bem comum” pelas esferas governamentais fica ausente do crivo da vontade popular, que pode e deve em todos os momentos verificar os interesses que ensejaram atuação em determinado sentido.

### 4 3

#### **Institutos em prol de uma Guarda da Constituição Republicana**

Conquanto algumas disposições favoráveis ao estabelecimento deste “controle de constitucionalidade” mais legítimo e atinente às modificações do ordenamento no pós-positivismo já tenham sido referidas acima, cabe agora analisar mais detidamente três inovações no arcabouço doutrinário pátrio que teriam fundamental importância para o alcance dos ideais almejados.

Este rearranjo institucional passaria pela modificação específica dos estatutos das cortes superiores para agregar participação popular às suas decisões (item 3.3.1), estabelecimento de uma instituição com alcance e força suficiente para vocalizar a enorme massa de hipossuficientes financeira e educacionalmente neste controle de constitucionalidade (3.3.2) e, por fim, a inovação no relacionamento entre o Judiciário e as Assembléias com a determinação das bases teóricas de uma presunção de constitucionalidade que realmente seja deferente ao Poder Legislativo (3.3.3).

Este desenvolvimento permite a concepção teórica de um modelo de guarda da Constituição em que seja entendido como guardião da Carta Magna a População de um Estado Constitucional. Essa transformação se dá em três níveis: primeiramente é necessário uma modificação de postura do juiz constitucional no

seu próprio entender da sua função, como descrito no item anterior. A seguir a Corte Suprema, como órgão estatal, deve rever a sua expectativa de atuação, notadamente criando elementos que permitam a agregação de outras opiniões no decorrer da sua produção diária. No entanto, não se deve menosprezar os fatores de desigualdade substancial que inibem a formação da “vontade geral”, sendo útil o estabelecimento de um canal de comunicação entre o cidadão comum e o Tribunal em que se dá o controle de constitucionalidade. Por último, sendo forçoso reconhecer que os responsáveis pela decisão manter-se-ão sendo os Ministros da casa, impõe-se uma nova forma de encarar a produção legislativa, de forma a que esta realmente seja tratada com a importância que possui. Todos esses elementos conjugados ajudariam a minorar os males dos modelos “conservadores” e “populistas”, aproximando os dois modelos.

#### 4.3.1

#### **Jurisdição Constitucional Procedimentalista – A Jurisdição não Juriscêntrica**

Retomando o capítulo 1, os primórdios da escola alemã bismarckiana de direito público têm como principal mote o entendimento da Constituição como uma lei, sendo a única distinção, um modelo mais complexo no seu procedimento de reforma. Este “positivismo juspublicista” concebe a aplicação da lei conforme o modelo silogístico e descontextualizado. O ordenamento jurídico é ausente de lacunas, sendo todas as respostas para os problemas jurídicos encontrados na análise do textos positivos. Paul Laband pode ser considerado o grande expoente deste pensamento.

A obra de Kelsen é um levante contra Laband, mas também contra Schmitt e Smend. O Tribunal Constitucional nasceu, na formulação de Kelsen, para manter o prestígio da lei, coibindo o estado da judicatura em Weimar, em que o juiz, como mediador entre o direito e a “consciência jurídica da comunidade”, poderia até ditar sentenças *contra legem*, e, por outro lado, análises de que o Chefe de Estado era o verdadeiro “guardião da Constituição” e depositário da “vontade geral” popular (Schmitt).

Neste contexto, a obra de Hans Kelsen surge de forma original, concebendo a Constituição como fundamento supremo de uma ordem jurídica de formato piramidal. A sua preponderância no sistema justifica a criação de um “Tribunal Constitucional” em que as discrepâncias entre a lei ordinária e a Constituição sejam dissipadas na função de um “legislador negativo”, quase sempre somente sob a ótica procedimental ou de competência. Para tanto, segundo Kelsen, era fundamental o máximo de exatidão de conteúdo na norma constitucional (mínimo grau de cláusulas indeterminadas), sob pena das opiniões políticas dos juízes constitucionais afetarem a autonomia do Parlamento. Mantinha-se uma concepção positivista do texto da Carta Magna, sendo seu controle atividade meramente técnico-jurídica. Esta total abstração não negava o momento que o direito devia ser livre criação, levando em conta os interesses em jogo, invés de mera reprodução: esta concretude dá-se quando o legislador formula as leis frente à Constituição e o juiz ordinário diz o direito frente aos fatos que lhe são dados, porém sendo-lhe vedado o controle difuso da constitucionalidade.

A obra de Carl Schmitt serve em muitos aspectos de contraponto e complemento à de Kelsen<sup>19</sup>. Neste, há um inegável realce sobre o caráter indomável do poder constituinte do povo, ou seja, na impossibilidade de exigência de uma forma pré-estabelecida (procedimento de reforma) para a manifestação da vontade da multidão. Sob este mesmo sentido, um regime que deseja auto-intitular-se democrático não pode eximir o “governo pela opinião pública”, a constante consulta à voz existente no seio da sociedade.

Também a caracterização da atividade de interpretação da Constituição como jurisdicional merece reparos por parte de Schmitt. O cerne do poder do Tribunal Constitucional não está na sua maior capacidade de decifrar os desígnios da Constituição, mas sim na irrecorribilidade das suas decisões. Esta faculdade de impor a palavra final ao significado do texto constitucional é, no seu entender, atividade eminentemente legislativa.

Pela influência indelével sobre a atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão, é inevitável também analisar a contribuição de Rudolph Smend ao debate sobre a função desta corte constitucional. O conceito de “integração” é fundamental em sua obra, e pode ser caracterizado como o processo que constitui

---

<sup>19</sup> Cf. nota 48.



e renova a substância espiritual da comunidade, desta forma garantindo a existência do Estado, nesta unidade. A Constituição é o documento que consubstancia estes valores ao unir direitos humanos à conformação do Estado. A função do juiz seria retirar dos debates judiciais a decisão mais “integradora”. Este objetivo maior deve ser buscado mesmo à custa da observância literal da norma, sendo as “constituições abertas” do século XX material ideal, já que sujeitas a inúmeras possibilidades de prevalectimento de diferentes valores.

Estes três autores seminais propõem-se responder questões que ainda hoje são matérias centrais de um constitucionalismo democrático.

O que norteia a interpretação do texto constitucional? Meramente o texto do poder constituinte originário, onde poderíamos colocar Kelsen e também os “originalistas” americanos? Ou, como nos diz Schmitt, a vontade do povo daquele momento histórico é igualmente fundamental na análise? Deveríamos substituir esta noção de opinião pública schmittiano (que é agregada a figura do presidente da república) por uma referência aos valores culturais da comunidade como em Smend?

Quais são os limites do *judicial review*? Qual a natureza da função do juiz constitucional? A resposta a pergunta anterior influencia diretamente nestas. Uma opção pela versão “decisionista” de Schmitt ou “integradora” de Smend representa um recebimento de determinados caracteres jusnaturalistas no controle de constitucionalidade que nos fazem intuir a insuficiência da mera técnica jurídica e portanto dificulta a caracterização da função como jurisdicional, que só resiste adotando-se a interpretação restritiva de inconstitucionalidade de Kelsen, já que a “imparcialidade” do julgador é pedra central do pensamento kelseniano no tocante ao distanciamento das disputas políticas, posto que para tal já bastaria o mero acatamento da decisão do parlamento.

Logo, de um lado mantemos a concordância da maioria sob prejuízo da segurança do direito veiculado por normas e princípios. No outro a desvinculação com os contextos éticos-substantivos é o preço a pagar pelo respeito a função estritamente jurisdicional. Como superar tal Cílis e Caribis é o que se propõe os filósofos do direito Peter Häberle e John Hart Ely em sistemas jurídicos muito distintos, mas alcançando soluções deveras semelhantes.

A obra de Ely é construída a partir (e não somente, é importante ressaltar) da sua experiência como *clerk* do juiz Earl Warren na época que a Suprema Corte

Americana foi por ele presidida. Foram os anos de 1953 a 1969 e foi o período de maior atuação na história do tribunal constitucional americano, com a consolidação da garantia da defesa dos direitos humanos e sociais. Sua influência se fez sentir ainda sob a presidência seguinte, o chamado Tribunal Burger. As características de sua inegável influência na sociedade norte-americana são bastantes iluminadoras sobre as respostas que procuramos, ainda mais em contraposição às decisões originalistas do tribunal na metade do século XIX (cujo exemplar mais notável é o caso *Dred Scott* – 1857 ) ou à época da doutrina do “devido processo legal substantivo” (1890-1937), em que , sob a justificativa de utilizar a técnica jurídica da razoabilidade para garantir os direitos fundamentais a suprema corte chegou a um passo do mais escancarado ativismo judicial.

Na sua obra maior , “*Democracy and Distrust*”, John Hart Ely começa por explicar exatamente os equívocos tanto dos interpretativistas quanto dos que defendem uma hermenêutica mais substancial. Os primeiros (que no Brasil de certa forma são representados pelos defensores de um “princípio da simetria” muito estrito e que nos Estados Unidos tem como principal ícone o prof. Robert Bork) subordinam séculos de gerações a vontade de quem aprovou a Constituição. Logo, ao invés de seguir-se o pensamento de Jefferson da Constituição ser um patrimônio dos vivos, busca-se ser governado pelos mortos. Além disso esta doutrina não concede uma explicação satisfatória de como fazer a leitura das cláusulas abertas.

Por outro lado os “não interpretativistas” (cujo maior autor é Ronald Dworkin) ao estabelecerem valores substanciais muito fortes no texto constitucional terminam por exercer função de natureza legislativa, com caráter profundamente antidemocrático, pois termina por substituir a vontade do povo através de órgão não eleito. Qualquer que seja a postura de “preenchimento do significado da norma constitucional” que se filie (valores do juiz, direito natural, razão, tradição, consenso, princípios neutros ou predição do progresso ) não há qualquer motivo para supor os juízes possam por si só alcançar tais “verdades” ou que o parlamento não seja mais legítimo para esta procura.

Não há porque continuar a aceitar a tese da relativa inofensividade do judiciário (“*least dangerous branch*”) , diz Ely, quando constatamos a progressiva ingerência nas esferas dos demais poderes (sob pena de crime de “desobediência”) e a ausência de qualquer espécie de controle sobre si próprio. O

autopolicciamento do Poder Judiciário é necessário para evitar o risco da desmoralização deste fundamental poder.

No entender de Ely a atividade do Tribunal Warren exatamente adquiriu seu padrão de excelência ao , ao contrário do senso comum, não se pautar por valores substantivos<sup>20</sup>, mas sim em garantir dois enfoques: que todas os pontos de vista tenham sido levados em conta no processo de elaboração das leis e que o direito das minorias sofresse uma análise estrita do porquê estava sendo negado<sup>21</sup>. Reforça portanto um esquema de atuação mais processualista em detrimento de uma concepção “paternalista”<sup>22</sup> de controle de constitucionalidade, em que o jurista protege o povo da irracionalidade do legislador. Suas palavras aqui são categóricas: “se o parlamento não é suficientemente democrático, então o que devemos fazer é reforçar a democracia do Parlamento e não colocar os juízes acima deles por considerá-los mais capazes de interpretar o sentimento popular”. Não por coincidência sua teoria é denominada “*democratic reinforcement*”.

Sua leitura da Constituição americana a vê como dotada , na sua parte mais ampla e relevante, de uma série de mecanismos que fizeram possível a participação em condição de igualdade de todos os interessados na tomada de decisões que lhes afetem (“*our constitution has always been substantially concerned with preserving liberty... The principle answers to that are by a quite extensive set of procedural protections, and by a still more elaborate scheme designed to ensure that in the making of substantive choices the decision process will be open to all on something approaching an equal basis, with the decision makers held to a duty to take into account the interests of all those their decisions affect*”<sup>23</sup>). A única tarefa jurisdicional adequada à separação de poderes é garantir que estes canais funcionem adequadamente. Então duas grandes qualidades dos juízes reforçam sua predisposição para esta tarefa: a familiaridade com processos e procedimentos e a sua cantada imparcialidade frente ao sistema político.

---

<sup>20</sup> Ressalte-se a opinião já afirmada de que, ao contrário do afirmado por Ely, muitas vezes a Corte Warren ultrapassou o limite de prudência que se espera de tribunais. Isto não invalida a análise de Ely sobre a atuação adequada ao Poder Judiciário, nem os múltiplos acertos igualmente alcançados por aquela corte.

<sup>21</sup> Não fundamental para o tema deste trabalho, mas importantíssimo para a obra a obra de Ely é o seu conceito de “presunção de inconstitucionalidade” de certas “leis suspeitas”, especificamente aquelas que estabeleçam distinções em detrimento de grupos que recebam “hostilidade generalizada” e em prol das pessoas que dominem os órgãos legislativos, assim chamadas “autoemuladoras”.

<sup>22</sup> HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*, v. 1, p. 329.

<sup>23</sup> ELY, J.H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 100.

Ao mesmo tempo, no cenário alemão, outro autor realizava pesquisas similares. Böckenford, ao analisar as correntes de interpretação constitucional na Alemanha do pós-guerra, classifica Häberle como o autor que buscou democratizar o método tópico (“jurisprudência dos problemas”) ao estabelecer um auditório mais amplo do que os juristas especializados na famosa “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.

O pressuposto central do pensamento häberliano é o reconhecimento de que a indeterminação do texto constitucional só nos admite pensar em “Constituição interpretada”, em que a idéia de “mutação constitucional” desta hermenêutica conforme a atuação e contribuição dos cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais daquele momento histórico é fundamental<sup>24</sup>.

Neste momento inaugura-se a esfera procedimental na obra de Häberle. Os canais de participação democrática não se reduzem à participação político-eleitoral, mas também através dos processos jurídicos, sociais e institucionais que atualizam continuamente o conteúdo constitucional. O “núcleo duro” substancial da Constituição se reduz, portanto, a este mínimo de liberdades que possa permitir a manifestação do pluralismo existente na sociedade.<sup>25</sup>

Häberle se posiciona<sup>26</sup> tanto contra os positivistas (representado por Forsthoff) que entendem a interpretação da Constituição como esse “bem precioso” restrito à casta dos juristas especializados quanto contra os neojusnaturalistas e sua ampla gama de direitos universais e eternos.

Apesar do comum uso do termo “opinião pública” com Carl Schmitt, esta em Häberle é multifacetada, plural e não concentrada no presidente do Reich como na obra do primeiro. O “procedimento” de Häberle é fonte para veiculação de alternativas, de garantir (através primeiramente da liberdade de expressão e do princípio da publicidade) a complexidade das visões analisadas e não se simplificar a tomada de decisão nas nossas sociedades como na teoria de Luhmann.

---

24 Devemos reconhecer aqui a influência de Konrad Hesse que asseverou que “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”. *A Força Normativa da Constituição*, p. 23<sup>1</sup>.

25 O conceito de sociedade em Häberle corresponde a “sociedade aberta” de Karl Popper.

26 HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 13.

Portanto a Corte Constitucional não tem qualquer valor substantivo que deva preservar, tendo como função ser o órgão garantidor do processo democrático de criação do direito, antes, durante e depois do processo legislativo em si. E, especificamente no “controle de constitucionalidade”, o foco principal será verificar a legitimidade daquela norma que advém da participação e controle de diversos setores da sociedade interessados e, em casos de forte dissenso na comunidade, a solução que será mais “integradora”.

Esta solução de Häberle não visa tolher a independência judicial, mas tão-somente agregar com igualdade ao procedimento pressões a que na vida real o julgador já é inevitavelmente exposto. Só desta maneira a suspeita de politização e de ideologia das decisões judiciais pode ser desfeita pelo suporte da comunidade de cidadãos.

Portanto em ambos os autores a proteção da voz e do acesso das minorias de hoje e a garantia de um procedimento igualitário (“legitimação do procedimento” e não apenas “através do procedimento”) é constante. No entanto em Häberle a Constituição representa uma ideologia de governo e não só um processo de governo e a perspectiva de atuação do juiz constitucional é de garantir a regularidade da democracia no Estado de Direito como um todo e não só no sistema representativo.

Desta forma observa-se que a rejeição de Peter Häberle na sua concepção procedimentalista aos valores substantivos é muito menor do que a de John Hart Ely, podendo se encontrar na obra do autor germânico uma aproximação da visão de direitos fundamentais como valores vividos por uma sociedade que com certeza receberia críticas por parte de Ely<sup>27</sup>.

A dogmática dos dois autores supracitados influencia e encontra eco nas obras dos autores “republicanos” mais destacados: Frank Michelman, Cass Sunstein e Philip Pettit. Nestes as condições processuais são elemento prático que traz a confiança de que a esfera pública poderá alcançar o seu potencial comunicativo de entendimento dos cidadãos em prol do bem comum, numa leitura

---

<sup>27</sup> Por outro lado a crítica mais cabal que Ely recebeu no debate americano, por Lawrence Tribe, é exatamente de que por trás de uma concepção procedimentalista “pura” há uma inevitável consideração substancial da amplitude das regras de participação (ex: na aceitação de provas adquiridas por meios ilícitos ou na amplitude do princípio do acesso ao ensino). Logo, talvez as aproximações entre as teorias sejam maiores do que Ely gostaria de reconhecer, conforme a obra de Carlos S. Nino, que ultrapassa os limites deste trabalho, pode demonstrar.

em que este se torna semelhante ao conceito de “princípio da solidariedade”<sup>28</sup> dos nossos mais modernos doutrinadores<sup>29</sup>.

Aqui o patriotismo é entendido como antítese do autoritarismo e da opressão, representando conexão com uma identidade cultural e histórica:

“como vemos que a civilidade implica tanto a identificação quanto a internacionalização, reconhecemos que a civilidade deve significar identificar-se, por uma boa parte, com a sociedade ou a entidade política considerada como um todo. E uma tal identificação é precisamente aquilo que queremos chamar de patriotismo. Isto corresponde à afirmação feita por Charles Taylor sobre este tema: ‘sinto uma ligação de solidariedade com meus compatriotas em um empreendimento comum’<sup>30</sup>.”

É uma nação de cidadãos e não uma mera nação de cultura.

Este complexo cultural preexistente e comum que conforma a comunidade de cidadãos é fundamental para que da discussão se alcance a “melhor” resposta: *“persuasive arguments and discussions seem inconceivable without conscious reference by those involved to their mutual and reciprocal awareness of being coparticipants not just of this one debate, but in a more encompassing common life, bearing the imprint of a common past, within and from which the arguments and claims arise and draw their meaning”*<sup>31</sup>. Este raciocínio dialógico provoca uma inevitável crítica à figura do juiz (ou órgão judiciário) que acredita ter respostas além da vontade popular, representada no debate americano na obra do jurista Ronald Dworkin:

*“what is lacking is dialogue. Hercules... is a loner. He is much too heroic. His constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality”*<sup>32</sup>

O “republicanismo renovado” vê o Tribunal Constitucional como o garantidor desta “democracia deliberativa” – *“one of the distinctive features of this*

28 Constituição Federal, art. 3º, incisos I e III

29 “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalidade” (MORAES, M. C. B. O Princípio da Solidariedade, in *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 176).

30 PETTIT P., *op. cit.*, p. 260.

31 MICHELMAN F., Law’s Republic, in *The Yale Law Journal*, vol. 97, number 8, p. 1513.

32 MICHELMAN F., The Supreme Court 1985 Term, Foreword, in *Harvard Law Review*, 100, p. 76.

*approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome*<sup>33</sup>. Sob os olhos destes autores o Poder Judiciário ou qualquer outro órgão não pode funcionar como representantes de uma sociedade civil “incapaz” (no sentido do Código Civil) , mas sim servir de canalizador da vontade que ela de alguma forma já tem. Há um acórdão relatado pelo ministro Celso de Mello que se aproxima bastante do entendimento aqui veiculado:

“AGRADI 2.130-3 SC

Com efeito, o ordenamento positivo brasileiro (Lei nº 9.868/99, art. 7º, caput; RISTF, art. 169, § 2º), em norma prestigiada pela jurisprudência desta Suprema Corte (RDA 155/155 - RDA 157/266) , veda a intervenção de terceiros nas ações diretas de inconstitucionalidade:

‘A norma regimental inscrita no art. 169, § 2º, do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional.

Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição.

A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar à intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos.’(ADI 575-RJ (AgRg), Rel. Mm. CELSO DE MELLO, DJU de 1º/07/94)”.

Não custa rememorar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado o absoluto descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (RTJ 170/801, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 155/155, Rel. Min. SOARES MUNHOZ - RDA 157/266, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - ADI 575-RJ (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Como pude referir, inicialmente, a Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que ‘Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade’ (art. 7º, caput).

A razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade”, p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, p. 88, item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 571, 6ª. ed., 1999, Atlas, v.g.) - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 -RTJ 164/506-507)

É certo - não obstante as considerações que venho de fazer - que a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 abrandou, em caráter excepcional, o

---

<sup>33</sup> SUNSTEIN, C. Interest Groups in American Public Law, *in Stanford Law Review*, 38, p. 58.

sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção de terceiros, passando, agora, a permitir o ingresso de entidades dotadas de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade, sem conferir-lhes, no entanto, todos os poderes processuais inerentes aos sujeitos que ordinariamente possuem legitimação para atuar em sede jurisdicional concentrada.

A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal do *amicus curiae* no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe:

‘O **relator**, considerando a **relevância** da matéria e a **representatividade** dos postulantes, **poderá**, por despacho irrecorrível, **admitir**, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a **manifestação** de **outros** órgãos ou entidades.’ (grifei)

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora do *amicus curiae* - tem por objetivo pluralizar constitucional, permitindo que o Supremo dispor de todos os elementos informativos possíveis necessários à resolução da controvérsia.

Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* - não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação pelo acervo processual, enriquecida pelos elementos de informação e de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (“Un’Amicizia Interessata: L’amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti” in “Giurisprudenza Costituzionale”, Fasc. 6, nov/dez 1995, Ano XI, Giuffrè), admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae* no processo objetivo de controle norma abstrato qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional das viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.”

Neste republicanismo, portanto, não se encontra o elitismo que lhe mereceu tantas críticas. Ao contrário, há o predomínio de uma corrente democrática baseada em Maquiavel, Thomas Jefferson e James Madison que busca assegurar a todos o poder de contestação e não teme a amplitude das modernas repúblicas, desde que criadas as instituições que permitam o debate e o controle (potencial) permanente e se dê publicidade às decisões tomadas. Esta repulsa ao elitismo e a



aproximação com a tese liberal da busca em alcançar valores deontológicos (nos princípios universais que fundamentam a participação procedimental) invés de meras concepções particulares de bem os afasta das teses comunistaristas clássicas e os aproxima da “modelo procedimental ” de Jürgen Habermas, feitas as ressalvas já explicitadas, especialmente do conceito de patriotismo constitucional, que conforma uma leitura das normas indissociável da ética político-cultural contingente a um procedimento balizado por princípios universais.

Conclui-se que a adoção oficial de valores nos julgamentos de constitucionalidade não nos permite mais encarar os Tribunais Constitucionais como meramente técnico-jurídico. Estando esta configuração como tribunal superada se propõe que o déficit de democracia nesta deliberação seja superada através da “legitimidade através do procedimento” que se dá quando o juiz adapta sua atuação para garantir em todas as esferas sociais os instrumentos para que todas as opiniões e pontos de vista sejam considerados na escolha das opções numa sociedade.

#### 4.3.2

#### **Defensor do Povo: contribuição do instituto romano do Tribunado da Plebe**

Dizem os estudiosos sobre o tema que o desenvolvimento da instituição do Ministério Público no Brasil na área cível não se compara à encontrada em nenhum outro local do mundo, com a possível exceção do exemplo português. Inegavelmente, as perspectivas alcançadas pelo seu exercício, na prática quase exclusivo, da titularidade na ação civil pública é em grande parte responsável por essa posição. Assim, completam os entusiastas desta configuração, se une um exemplo de Ministério Público conforme o modelo italiano, de garantias e prerrogativas semelhantes às da Magistratura<sup>34</sup>, com um amplo espectro de atribuições, possibilitando uma vasta proteção da sociedade.

---

<sup>34</sup> Ao qual se oporia o modelo americano, de colocação dentro do Poder Executivo (afinal o “*Attorney General*” faz as funções de Ministro da Justiça e Procurador Geral da República ao mesmo tempo) e ausência de concurso público.

Este item visa mostrar que, não obstante os inegáveis méritos que tal normatização alcançou em nossa pátria desde a Constituição de 1988, há alguns potenciais emancipatórios que a criação de uma instituição própria de “Defensoria do Povo” que o modelo brasileiro relega a segundo plano e que foram e são alcançáveis, como a experiência histórica e contemporânea do “Tribuno da Plebe” e do “Defensor Civitatis” no Império Romano.

#### 4.3.2.1

##### Em que consiste o “Defensor do Povo”?

Diz um dos maiores especialistas mundiais sobre o tema “ombudsman” (cuja significado original é “agir em nome de outrem”), o professor Per-Erik Nilsson, durante muito tempo detentor deste cargo no país de origem do instituto, a Suécia, que este é o único termo não referente à comida ou à bebida que este país escandinavo ofereceu ao vocabulário internacional.

O sentido original do instituto poderia ser entendido hoje como o de uma “instituição a que os particulares podem dirigir-se para obter uma reparação quando se sentirem indevidamente tratados pela impessoalidade de uma burocracia anônima”<sup>35</sup>. Ou, como se expressa a International Bar Association, “*ombudsman is an Office provided by the constitution or by action of the Legislature or Parliament and headed by an independent, highlevel public official who is responsible to the legislature or Parliament, who receives complaints from aggrieved persons against government agencies, and who has power to investigate, recommend corrective action, and issue reports.*”<sup>36</sup>.

Em ambas as definições salta aos olhos o enfoque na natureza de instrumento de deságüe das insatisfações sociais, seja individual ou coletivamente, com a ação estatal e também como meio de garantir que a *res*

---

<sup>35</sup> NILSSON, P. E., El Ombudsman Defensor de Pueblo? O Que?, in *La defensoria de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en suecia*, p. 10.

<sup>36</sup> NILSSON, P. E., *op.cit.*, p. 15. Numa tradução livre: “o ombudsman é um órgão criado pela constituição ou pela ação da legislatura e dirigido por um agente público independente, o qual responde ao Parlamento, e que recebe queixas de pessoas lesionadas em relação às agências de governo, e que têm o poder investigar, recomendar a ação corretiva, e emitir relatórios”.

*publica* mantenha-se a serviço do povo, e não apenas o funcionamento de um mero fiscalizador da Administração Pública.

#### 4.3.2.2

### O “Tribunado da Plebe” da Roma Clássica e o “defensor civitatis” do Império Bizantino

A experiência histórica do instituto caminha no mesmo sentido.

Os tribunos da plebe aparecem, segundo a tradição, em 494 a.C.. Inicialmente tinham como principal função proteger os plebeus contra as arbitrariedades dos cônsules. Sua atuação se revelava através de uma dupla faceta, um poder negativo, a *intercessio*, que era um poder de veto aos atos dos demais magistrados, inclusive tribunos e uma *coercitio* que lhes permitia, por exemplo, ordenar a prisão de um cidadão ou impor-lhe multas, sendo certo que o próprio tribuno da plebe era inviolável, e detinha uma prerrogativa principal, a de convocar a plebe e falar-lhe (*jus agendi cum plebe*)<sup>37</sup>.

Mesmo que, na origem, meramente antipatricio, o exercício do Tribunado da Plebe, principalmente pelos irmãos Graco, toma como foco central a defesa dos excluídos de todo o tipo. Caracterizava-se como “*un verdadero ‘antipoder’, ejerciendo una firme defensa de los intereses de los que no tenían acceso al poder o no lo detentaban*”<sup>38</sup>

Este magistrado se transmuta na figura do *defensor civitatis*, quando do império tardio. Com caráter menos grandioso e mais ordinário, tinha atribuições mais próximas ao dia-a-dia da “polis”, funcionando como um patrono para pessoas desprovidas de recursos e como controle da Administração Pública, pugnando pelo bom andamento do serviço. O Código Justiniano trata do tema, ao determinar ao defensor Teodoro que se porte como um “pai da plebe” (aqui a palavra “plebe” utilizada não como designativa de classe social, mas sim do grupo

---

<sup>37</sup> GIORDANI, M. C., *Iniciação ao Direito Romano*, p. 136.

<sup>38</sup> RINALDI, N., *Tribuno de la Plebe y Defensor del Pueblo*, não paginado.

da população que se contrapunha aos “potentes”) e oponha-se à “insolência dos funcionários públicos e à morosidade dos juízes”<sup>39</sup>.

Ressalte-se que na configuração do Império Romano do Oriente, o instituto já se encontra despido da *intercessio*, do *coercitio* e do *ius agendi cum plebe*. Claro que tais poderes e prerrogativas afetam, evidentemente, o poder de inclusão que o “defensor do povo” possa ter sobre a sociedade que o admita, no entanto os exemplos históricos romanos nos evidenciam a importância do órgão como meio de vocalizar os interesses das camadas mais pobres da população, sendo notável em todo o desenvolvimento histórico, a situação de intensa proximidade com o clamor dos excluídos.

#### **4.3.2.3**

#### **O quadro legislativo brasileiro e a rejeição da introdução do instituto na Constituição Federal de 1988.**

Em palestra proferida em 1967, o professor Caio Tácito apresentou o instituto jurídico do Defensor do Povo definindo-o como um “comissário parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições especiais de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe são encaminhadas ou realizando inspeções espontâneas nos serviços públicos”, acrescentando ainda que “seus poderes são limitados, não exercendo competência anulatória, nem disciplinar ou criminal, mas, segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribui, expressivamente, para a contenção dos abusos do poder administrativo”<sup>40</sup>. Desde então ocorreram diversas tentativas de introduzir tal elemento jurídico exógeno em nosso ordenamento jurídico.

Padeceram, uma após outra, pela ausência de ressonância no Congresso, as propostas de emenda constitucional do deputado Mendonça Neto em 1981 de criar o cargo de Procurador Geral do Povo, com atribuição de investigar as violações à lei e aos direitos fundamentais do cidadão; do deputado José Costa, no

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> TÁCITO, C., Ombudsman – O Defensor do Povo, in *Revista de Direito Público*, p. 45.

mesmo ano, de fundar a “Procuradoria Geral do Poder Legislativo”; do senador Luiz Cavalcanti, em 1983, se referindo expressamente ao Ombudsman como “heróica tentativa para extirpar da vida pública nacional o câncer da corrupção”; o projeto de lei do Deputado Jonatas Nunes, em 1984, que visava estabelecer uma “Procuradoria Popular”, que receberia e apuraria queixas ou denúncias escritas de qualquer cidadão que se sentisse prejudicado por ato da administração; e também do então senador Marco Maciel, com o mesmo objetivo da “Procuradoria Popular”, mas o nome de “Ouvidor Geral”<sup>41</sup>. Tais sucessivos infortúnios na tramitação da importação do instituto em nível federal terminam por posicionar, na literatura latino-americana de direito comparado, as experiências nacionais de Porto Rico (1977), Guatemala (1985), México (1990), El Salvador (1991), Colômbia (1991), Costa Rica (1992), Paraguai (1992), Honduras (1992), Peru (1993), Argentina (1993), Bolívia (1994), Nicarágua (1995), Venezuela (1997) e Equador (1998)<sup>42</sup> com uma implantação no Brasil em nível meramente municipal, a Ouvidoria Municipal de Curitiba (Dec. 215, de 21.03.1986), seguida de cópia em algumas outras capitais.

E nem se diga que isto não fora aventado no Anteprojeto da Constituição que a comissão presidida pelo professor Afonso Arinos apresentou em 1986. Encontra-se lá, no artigo 56: “É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma de lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.”<sup>43</sup>

A proposta, porém, teve igualmente vida curta. Já no segundo substitutivo do relator Bernardo Cabral, foi abandonada a Defensoria do Povo, sendo agregada às funções institucionais do Ministério Público, a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços sociais de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e promovendo as medidas necessárias à sua correção e punição dos responsáveis”, bem como a de “promover o inquérito civil e ação civil para a

---

<sup>41</sup> PALERMO, F. K. O., *Improbidade administrativa e a atuação do Ministério Público*, p. 11.

<sup>42</sup> YUPANQUI, S. B. A., El Ombudsman o Defensor del Pueblo en la Constitución Peruana de 1993: retos e limitaciones, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 86, p. 402.

<sup>43</sup> FILHO, M. G. F., *O Anteprojeto dos Notáveis*, p. 13.

proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente relacionados com o meio ambiente, inclusive o do trabalho, e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico.”(art. 151, II e III, com redação final e mudanças importantes juridicamente, mas pontuais aos fins deste trabalho nos incisos II e III do artigo 129 da Carta Magna de 1988).

Nessa absorção da função pelo Ministério Público em detrimento da Defensoria do Povo, é inegável a importância da figura do então Procurador Geral da República e atual ministro do STF, José Paulo Sepúlveda Pertence, que, integrante da Comissão de Estudos Constitucionais, empenhou-se em definir o texto referente ao Ministério Público. A “Proposta Pertence”, referendada na chamada “Carta de Curitiba” que surgiu do 1º. Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes das Associações de Ministério Público, foi tão influente que, propulsionada pelo eficiente e coeso lobby dos promotores, serviu quase *in totum* para a feitura do texto final, embora tivesse sofrido várias mudanças na supracitada comissão.<sup>44</sup>

Todavia uma análise mais ampla revela que a figura do Defensor do Povo tem outras características que lhe conferem um perfil diverso daquele do Ministério Público. A figura histórica do Tribuno da Plebe romano combinada com a própria realidade brasileira parece demonstrar de que tal concentração de poderes talvez não tenha sido a ideal para os fins alcançáveis através dessa notável figura.

#### **4.3.2.4**

#### **O defensor do povo na guarda da Constituição**

O Ministério Público, notadamente o estadual, não possui, conforme se observa na realidade atual brasileira, a cultura de acesso dos desvalidos que permita pôr essa instituição em prol dos excluídos. Ademais a constante

---

<sup>44</sup> MAZZILLI, H. N., *Introdução ao Ministério Público*, pp. 18 e 19.

coincidência do necessitado do “defensor do povo” com o freqüente réu no processo penal criam um natural distanciamento ao exercício de ambas as funções, com predomínio, por certo, da repressiva. Evidência disto são os costumeiros abusos policiais e nas prisões, sempre seguidos de condenações nos relatórios nas comissões de direitos humanos da ONU.

Por outro lado, a Defensoria Pública no Brasil é insuficientemente organizada, faticamente autônoma e dotada de prerrogativas funcionais para conseguir garantir ao oprimido pelo gigantesco aparelho estatal, a proteção mínima indispensável.

Por isso, só a recepção de uma instituição autônoma (ou ao menos uma reordenação da organização do Ministério Público Federal com o aprofundamento em prol dos ideais aqui indicados, notadamente nas áreas de direitos humanos e interesses difusos, através da conquista de maior autonomia para a Procuradoria Federal de Direitos do Cidadão<sup>45</sup>) permitiria desenvolver o escopo institucional e verdadeiramente alcançar os fins esperados por essa normatização popularizada em nível global desde o fim da 2ª. Guerra. Isto não significa, por certo, a retirada de funções do Ministério Público, posto que o “Princípio Republicano” demanda por multiplicidade de instrumentos de controle para a melhor utilização da *res publica*. Esta posição, aliás, vai ao encontro do “anteprojeto dos notáveis”, que uniam à atribuição do “Parquet” no artigo 312 a criação do “Defensor do Povo” no artigo 56.

A concessão de uma ampla gama de legitimidades a uma instituição formada com essa histórica vocação popular facilitaria a execução da guarda pelos menos favorecidos, tanto no processo do controle de constitucionalidade, quanto na manutenção da “força normativa” da Constituição, ao garantir a manutenção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sem dúvida também uma forma de preservação da *norma normarum*.

---

<sup>45</sup> Inclusive com a escolha do Procurador-Chefe em moldes de maior legitimação. Uma proposta legislativa interessante poderia ser, respeitadas as peculiaridades brasileiras, similar a da Constituição Colombiana de 1991 (“**Artículo 281.-** *El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República.*”), ou seja, com o Congresso Nacional levando a votação o nome de um membro do Ministério Público Federal para um mandato definido.

### **4.3.3**

## **A presunção de constitucionalidade como Deferência ao Poder Legislativo**

### **4.3.3.1**

#### **A utilização do “princípio da razoabilidade” pelos tribunais**

Primeiramente é útil neste item relatar o processamento e o julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 2019, proposta pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul contra a lei n°. 1949 de 22.01.99, do mesmo estado, que institui um programa que concedia um salário mínimo mensal a crianças geradas a partir de estupro. No entender do governo estadual este diploma normativo violava os artigos 167, inciso I e 165, inciso I da Constituição Federal, pois estipulava gasto orçamentário sem que este houvesse sido proposto pelo Poder Executivo, e o artigo 203 combinado com o artigo 5º, inciso I, ambos da Carta Magna, ao estipular benefício assistencial discriminatório.<sup>46</sup>

A liminar foi deferida pelo ministro Ilmar Galvão em 1º. de agosto de 1999, tendo o julgamento em plenário ocorrido em 02 de agosto de 2001. Neste, o Pleno do Tribunal, por maioria de votos, vencido o Min. Marco Aurélio, que compreendia a lei estadual conforme ao inciso XV do artigo 24 da Constituição Federal, seguiu o Min. Relator Ilmar Galvão, que entendeu pela inconstitucionalidade da lei referida, já que esta não seria adequada aos fins que se propunha, ou seja, o alívio do preconceito que sofreria tal rebento e proporcionar a si uma existência digna. Isto dar-se-ia pois a lei definia com critério para o benefício somente a situação em que fora concebido o menor, sem atentar para a situação econômica da mãe, fato que ensejaria a completa inocuidade da pensão em hipóteses de genitoras não hipossuficientes econômicas.

O relator, no seu voto-vencedor, começa afirmando que a lei orçamentária, num dizer extremamente simplificado, é o diploma onde se reúnem os atos de

---

<sup>46</sup> Relembre, por evidente, que em sede de ADIn, se tratando de processo de natureza objetiva, não é defeso aos julgadores a utilização de questões jurídicas não aduzidas na inicial.



previsão e de autorização de receitas e despesas públicas. Dentre inúmeros princípios e regras que regulam o estabelecimento e as conseqüências da peça orçamentária, estão os aduzidos incisos I dos artigos 165 e 167 da Constituição Federal. No primeiro se define a exclusividade do Poder Executivo em propor a lei orçamentária e o segundo impede que sejam efetuados projetos não incluídos nesta peça.

Isto, e o relator verifica sucintamente, é distinto de qualquer impedimento ao Poder Legislativo de estabelecer direitos e benefícios com fulcro nos ditames constitucionais. Pensar de outra forma seria maximizar a significação do “princípio da reserva do possível”, mesmo em relação àqueles que defendem sua aplicação. Pois uma coisa é discutir a economicidade de certas provisões do Poder Judiciário, outra muito mais grave é supor a incapacidade do Poder Legislativo, que detém a legitimidade derivada das eleições, em definir e determinar direitos subjetivos dos cidadãos em face do Estado.

Por outro lado, continua o min. Ilmar Galvão, a acusação de assistência social violadora do princípio da isonomia é uma contradição em seus próprios termos. A idéia de “assistência social” parte da idéia de que há certos membros da sociedade que, em virtude da fraqueza que apresentam na luta pelos bens sociais, merecem medidas protetivas especiais por parte do Estado. Tal atuação estatal será, pela própria definição do instituto, obrigatoriamente de modo “discriminatório positivo”, portanto, sempre, em oposição que identifique a isonomia a mera igualdade formal.

Porém, ao abrir-se a possibilidade de o Poder Legislativo efetivar uma igualdade material no plano da concessão de direitos específicos a certos membros da sociedade, leva-se à análise do Judiciário a discussão sobre se a discricionariedade efetuada pelo Poder Legislativo foi certa ou não.

Diz-se, então, que o secular princípio da reserva legal deve ser entendido hoje em dia como o princípio da lei proporcional ou razoável. Sem entrar na discussão da possível distinção entre os dois termos <sup>47</sup>, o voto vencedor adota a posição esposada pelo professor Luis Roberto Barroso no seu já clássico “Interpretação e aplicação da Constituição”, de que tais termos podem ser utilizados indistintamente.

---

<sup>47</sup> Para os interessados, recomenda-se a leitura de SILVA, LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, O Proporcional e o Razoável, *in* RT-798, pp. 23-49, Abril de 2002.

O jurista carioca apóia sua posição na prática doutrinária e jurisprudencial norte-americana que, muito embora tendo criado o “substantive due process of law” em condições muito distintas do seu parente do direito alemão, aplica a sua “razoabilidade” em condições muito parecidas aos colegas europeus, notadamente quanto a implícita procedimentalização do raciocínio jurídico do que é razoável através dos sub-princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação o julgador teria o 1º. passo da verificação do “bom senso”, nesta hipótese legislativo, do ato impugnado. Aqui o meio escolhido deve ser apto a alcançar as finalidades pretendidas. Nesta lei sul mato-grossense a intenção, expressa na sua “exposição de motivos”, é de garantir uma prestação que alivie o preconceito (que o legislador entende) inevitável de uma criança gerada nessas condições ao permitir-lhe viver em condições mais dignas.

Pois bem, seguindo parecer da Procuradoria da República, entendeu o ministro-relator que já neste ponto faltava a lei ao magno princípio constitucional. Não seria adequado estabelecer pensão estatal no valor de um salário mínimo para diminuir a dor , moral e material, que sofrem menores nascidos nessas condições sem que houvesse discussão igualmente sobre as condições econômicas específicas da mãe-vítima do crime do artigo 213 do Código Penal.

Assim, sendo os sub-princípios cumulativos para a existência da razoabilidade (ou proporcionalidade) no diploma legal, certo é que a lei atacada é eivada de inconstitucionalidade, define o Supremo<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Relate-se o aparte do Min. Moreira Alves, em consonância com o voto do relator, coteja o inciso XXIII do artigo 22 da Constituição Federal com o inciso XII do artigo 24 do mesmo diploma. Pois, se no primeiro dá-se à União o poder de legislar sobre seguridade social, que inclui, nos termos do artigo 194, o conjunto de ações destinadas à previdência social, à promoção da saúde e da assistência social, e na competência concorrente de União, Estados e Municípios meramente são citados a previdência e a saúde, conclui-se pela exclusão do Poder Constituinte Originário de tal atribuição de legislar sobre assistência social aos Estados e Municípios, concluindo, portanto, também pela inconstitucionalidade formal do diploma legal.

#### 4.3.3.2

#### A presunção de constitucionalidade e a “democracia de direitos”

Porém, e isso se extrai do voto vencido solitário do Min. Marco Aurélio, a interpretação de normas concessivas de direitos deve ser realizada em prol da sua efetivação. A norma sul mato-grossense tem no fundo o objetivo de explicitar nova modalidade de responsabilidade objetiva do Estado que estabelece proteção especial à criança e o adolescente que não tiveram na sua concepção a observância por parte do Estado do seu dever de segurança e tal descuido produzirá conseqüências nocivas no crescimento deste cidadão. Esta interpretação neste sentido é garantida pelo inciso XV do mesmo artigo 24 que trata das competências legislativas concorrentes.

Um dos principais “tópicos” na hermenêutica constitucional é de que uma lei ou ato do Poder Público deve ser entendido frente aos cidadãos e o Poder Judiciário como conforme a Constituição salvo prova expressa do vício em contrário. Isto se impõe pela importância da manutenção da obediência às leis mesmo quando parecerem dissonantes dos ditames maiores na consciência individual e pela gravidade que deve assaltar a mente do julgador ao impugnar lei fruto da soberania popular.

Portanto, e essa doutrina tradicional<sup>49</sup> é respeitada pelos juristas pós-positivistas, a inconstitucionalidade deve ser evidente e o vício deve ser provado no processo judicial que o declara. Isto põe em relevo a seriedade que se encontra na declaração de inconstitucionalidade. Ela representa a desconformidade do entendimento popular majoritário com o entendimento de compromisso do corpo social presente na Constituição.

As soluções de “salvamento” do texto legislativo devem ser uma preocupação constante da consciência do jurista responsável. Já se encontra na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a utilização do método hermenêutico de conservação de normas denominado de “Princípio da interpretação conforme à Constituição”. Então, “se o princípio da razoabilidade pode resultar no perigo de voluntarismo, o princípio da interpretação conforme à Constituição busca obstruir

---

<sup>49</sup> CAVALCANTI, T. B., *Do Controle de Constitucionalidade*, p. 81 et. seq.

ou impedir este problema. Para propugnar a irrazoabilidade de uma lei é preciso antes esgotar qualquer possibilidade exegética que a entenda compatível com a Lei Magna.”<sup>50</sup>.

No entanto vêm tomando força na doutrina norte-americana, notadamente por meio do constitucionalista Stephen M. Griffin <sup>51</sup>, a asseveração de outro “tópico” hermenêutico que reforce o significado da “presunção de constitucionalidade das leis”. Pois se o Judiciário, no modelo de Separação de Poderes proposto por Montesquieu, tem a pretensão de reproduzir a vontade do legislador ordinário e constituinte, funcionando como garantidor dos direitos individuais expressamente conferidos, isto já não é mais possível adequadamente no cenário pós-45, onde a emergência de direitos multiplica-se enormemente pelas demandas sociais surgidas pelo aprofundamento do modelo democrático, e o juiz termina por ficar na contra-mão do processo histórico ao estabelecer muitos limites à atuação do povo como Poder Legislativo.

No entender de Griffin, isto imporá sobre o Poder Judiciário um ônus literalmente processual de provar que a razoabilidade advinda do processo legislativo é racionalmente menos correta que aquela que se deu no processo judicial.

Então, por exemplo, não bastaria somente a utilização dos sub-princípios da razoabilidade para declarar a inconstitucionalidade de uma lei longamente debatida no interior do congresso. As inúmeras oitivas, discursos, debates, trabalhos que embasaram a feitura da norma legal devem receber uma contra-partida equivalente na discussão que se trava sobre a sua invalidade no seio da Justiça<sup>52</sup>.

Fala o autor americano numa “deferência” que deve ter o Poder Judiciário pelos atos do Poder Legislativo, o que exigiria, por exemplo no caso em tela, uma análise da constitucionalidade ou não dessa lei através da oitiva, ora possível na figura do “amicus curiae”, de especialistas que explicassem os danos que sofre um menor ao ser gerado numa relação de tal forma traumática e dos possíveis

---

<sup>50</sup> OLIVEIRA, F. C. S. O., *Por uma teoria dos princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*, p. 283.

<sup>51</sup> GRIFFIN, S. M., *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*, in *Journal of Constitutional Law of University of Pennsylvania*, Volume 4, p. 281 *passim*.

<sup>52</sup> Aplicando ao caso brasileiro poderíamos dizer, por exemplo, que o Código de Trânsito Brasileiro, fruto de amplos debates no seio do Parlamento Brasileiro alcançou, através destes, uma legitimidade que deve ser altamente sopesada numa eventual ação que visasse a inconstitucionalidade de um dos seus dispositivos.

impactos positivos que o auxílio estatal poderia causar, assim como na análise detida do transcorrer do procedimento legislativo que fez surgir na assembléia daquele estado esta lei.

Na impossibilidade de tal verificação profunda das conseqüências da decisão, a “deferência” se traduziria na manutenção da validade pois a matéria teve outro foro onde pode ser mais bem debatida.

Não se considere que essa “deferência” se trata de algum tipo de subordinação visada do Judiciário ao Legislativo no processo de guarda da Constituição. Ao contrário, e isso permeou esse trabalho, o intuito é de conversa, de comunicação. Faça-se referência ainda a um tipo muito interessante de guarda da constituição por parte do Poder Legislativo, em nítida comunicação com o Poder Judiciário. Trata-se da emanção de emendas fruto de verdadeira “interpretação autêntica” do texto constitucional (muito embora seja acerto que não afetem situações jurídicas passadas), em que o Poder Constituinte Derivado que se mantém na Assembléia eleita expressa à Suprema Corte a desconformidade de algum dos seus julgados com seus anseios. São exemplos dessa situação, no Brasil sob a égide da Constituição Federal de 1988, as emendas constitucionais de números 19/98, 29/00 e 39/02.

Quando a Suprema Corte analisa detidamente o processo legislativo que levou à formação da lei, notadamente no quanto ele atendeu aos desejos dos eleitores, presta um tributo ao sufrágio ocorrido. Ainda mais, reconhece, na prática, que a dúvida deve ser resolvida em prol da manutenção da legislação editada. Por último, demonstra estar consciente do seu despojamento da função de tutor de uma sociedade incapaz, para se tornar um parceiro desta e dos poderes constituídos na preservação dos seus valores fundamentais consagrados na Carta Maior.

## 5

### Conclusão

Esta dissertação funda-se no possível reconhecimento da incapacidade do modelo judiciário de guarda da Constituição em se manter sem qualquer alteração no Estado Constitucional atual.

Guardar significa “vigiar, para defender ou proteger”<sup>1</sup>. Este zelo sobre a Carta Magna não é inerentemente uma prerrogativa do juiz constitucional, não obstante os defensores desta posição possuam a tríplice vantagem de adotarem entendimento surgido nos primórdios do constitucionalismo contemporâneo, de inegável domínio no mundo ocidental ainda hoje e embasado por sólidos argumentos em conformidade com a doutrina de “separação dos poderes”. No entanto, a existência de tais elementos não significa, e em se tratando de Direito, nem poderia significar, que seus argumentos são indisputáveis.

Pois foi objetivo desta dissertação, inicialmente, analisar tanto as razões que justificam o *judicial review* quanto aquelas que, antes e depois da elaboração do mesmo, serviram para defender outros para exercer a proteção constitucional.

E se o caráter de exclusividade na “verdade” sobre a guarda da Constituição é negado no capítulo 2, o capítulo 3 serve para buscar explicitar também a atual inadequação deste modelo. A emergência do pluralismo, fenômeno da modernidade radicalizado no século XX, implica que a “unidade e a homogeneidade da concepção acerca do que a vida boa, decorrente da presença de um único centro comunitário, é substituída pela pluralidade de projetos de como alcançá-la, que aglutinam grupos de indivíduos, e que convivem e disputam em uma sociedade em que vários planos individuais e grupais de ação são integrados por um ato voluntário”<sup>2</sup>. Desta forma, o projeto constitucional e, conseqüentemente, a interpretação deste, sofrem influência dessa nova composição. O juiz constitucional é obrigado a se adaptar a sua atividade, como

---

<sup>1</sup> SILVA, A. P. (Org.), *Nóvo Dicionário Brasileiro Melhoramentos*, vol. III, p. 246.

<sup>2</sup> GALUPPO, M. C.. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*, p. 3.

forma de tentar conter a realidade mutante, com o prejuízo, paradoxal, de solapar exatamente a doutrina que garantia o exercício dessa função ao imiscuir-se em temas não originalmente previstos para a sua atuação.

Portanto é pressuposto da anuência com as conclusões apresentadas o convencimento de que não é desejável que juízes que são escolhidos sem maiores satisfações às exigências da sociedade, e que não possuem, na absoluta maioria dos casos, qualquer possibilidade de responsabilização para com ela durante a sua função, sejam os únicos indicados para resolver questões substantivas da grandeza de decidirmos quando é aceitável o aborto ou como devemos repartir os recursos sociais no orçamento. Esta solução vai de encontro ao inerente aprofundamento de legitimidade que o Estado Democrático de Direito das nossas sociedades exige.

A presente dissertação visou demonstrar ao leitor que a “imparcialidade” do Judiciário sozinho nesta guarda, por si só capaz de calorosas discussões, não é sequer mais a questão. Não precisamos mais contar que os ministros da Suprema Corte, ao decidirem, serão “bons juízes”. Porque o que a doutrina apresentada demonstra é que o Neoconstitucionalismo exige um “Hércules” para fazer adequadamente o seu trabalho, ao passo que o Judiciário é composto por apenas seres humanos.

A manutenção da Constituição viva, seja através da expulsão do ordenamento de leis que lhe contradigam ou por meio, simplesmente, da observância diária de seus preceitos, requer que desmistifiquemos termos como “vontade popular” e “dificuldade contra-majoritária”. Só desta forma podemos buscar desenhos institucionais que preservem o melhor dos dois sistemas (“conservador” e “populista”), acreditando que a forma de impedir sentenças injustas não se dá pela exclusão de envolvimento dos interessados em prol de uma “elite de sábios”, mas através do aprofundamento da discussão racional pública.

O efeito para a guarda da Constituição é claro: a proteção da Carta Magna não é mais tarefa a ser realizada por um só órgão, seja a Suprema Corte ou as Assembléias, em razão da plurissignificação das normas constitucionais e pela abrangência de temas que elas envolvem. Exige-se envolvimento muito maior nesta atividade, como única forma de os cidadãos se responsabilizarem e se sentirem envolvidos nas decisões sobre o seu futuro, condição indispensável à existência de uma verdadeira democracia. Utilizaremos as palavras de um jurista pátrio que se aplicam ao que quisemos demonstrar:

“Tudo isso nos conduz, finalmente, à seguinte questão: a quem compete, em um Estado Democrático de Direito defender, o pluralismo contido na própria Constituição, atribuindo, em cada caso concreto, o sentido dos vários projetos acerca da vida boa? Dito de outra forma: a quem compete *guardar* a Constituição, no sentido de dizer, frente ao caso concreto, seu sentido? (...)

É aqui que ganha importância a conhecida tese de Häberle, segundo a qual, em um sentido lato, todo o povo há de ser entendido como intérprete da Constituição. Como ele diz, ‘no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.(...)O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional’

Portanto, a revelação do verdadeiro sentido de uma Constituição no Estado Democrático de Direito pressupõe duas condições: primeiro, o reconhecimento de que a Constituição é plural e, segundo, o reconhecimento de que o intérprete (e guardião) último da Constituição não é, como se supõe, um órgão do Estado, como o próprio Supremo Tribunal Federal, mas o próprio povo. Ao povo, em um Estado Democrático de Direito, compete guardar a Constituição e o pluralismo que ela manifesta.”<sup>3</sup>

Muito embora este posicionamento aqui pugnado seja admitido por crescente doutrina, termina sempre por ser desconsiderado como utópico. Nesse sentido esperamos ter feito algumas contribuições de ordem mais prática, ao indicarmos as premissas de um governo “republicano”. Nesse modelo de Estado a atuação do Juiz Constitucional se adequa com exatidão à consecução desse ideal de guarda popular. Descreve-se, no capítulo 4, a importância da deliberação, da inclusão e da responsividade no controle da Constituição numa sociedade de tal forma constituída<sup>4</sup>. Os mecanismos apresentados como indicativos dessa postura, quais sejam a jurisdição não-juriscêntrica, o “defensor do povo” e a “presunção de constitucionalidade com deferência ao Poder Legislativo”, representam, respectivamente, três meios de alcançar estes ideais.

---

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 7.

<sup>4</sup> Assim se expressa Pettit: “I come finally to the third precondition that must be fulfilled if a polity is to realize the condition of contestability and to be democratic in the contestatory sense. If the polity is deliberative, then there will be a basis for citizens to contest any public decision, be it legislative, administrative, or judicial. And if the polity is inclusive, there will be a voice available to people in every part of the community for expressing their contestations. The third precondition of contestability is that people must not only be assured of basis and a voice for contestation, they must also be guaranteed a forum where the contestations they make can receive a proper hearing. The polity must be deliberative and inclusive, for sure, but equally clearly it must be also responsive” (*op. cit.*, p. 195)



No plano da dogmática jurídica, a dissertação pretende que o jurista deve, ao estudar o tema da “Guarda da Constituição”, privilegiar o inciso I do artigo 23 da Constituição Federal de 1988 e não o “caput” do artigo 102 do mesmo diploma. Portanto, ao contrário de fazer-se a leitura de que o vocábulo “precipualemente”, constante no início da enunciação das funções do Supremo Tribunal Federal, se refere à posição de destaque que essa instituição possui na proteção da “*norma normarum*”, a leitura deverá ser de que esta é a função primeira desta Corte, porém não exclusiva desta, já que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum nesse sentido. Na “Guarda da Constituição” a atuação da Corte Constitucional deve ser em conjunto com os cidadãos e os Poderes, notadamente o Legislativo. Com o aprofundamento democrático do século XX não podemos mais manter primordialmente uma postura de receio da produção legislativa, receio este, como visto na parte histórica, bastante fruto de um medo do próprio povo. .

Logo, todos os entes e cidadãos que formam a República Federativa do Brasil, e não um só dos Poderes, devem garantir a integridade do conteúdo da Constituição. Esta proteção deve ocorrer no espaço público como um todo, sejam nos tribunais, nas assembleias ou na vivência diária da ordem jurídica.

É certo que a conquista do inegável valor da “segurança jurídica”, indispensável para o bom funcionamento das sociedades modernas e cada vez mais uma preocupação dos governos, como a adoção da “súmula vinculante” na recém aprovada “Reforma do Judiciário” comprova, exige um local principal, onde a decisão sobre as dúvidas surgidas no seio social sobre o sentido do texto constitucional sejam tomadas. Esse fórum, no sentido “lato” da palavra, pode continuar a ser o Tribunal Constitucional, e parece interessante que desta forma se mantenha, dadas as características do processo judicial, que privilegia o debate, sendo os julgadores naturalmente afetos a esta sistemática.

No entanto, se a atuação externa na condução do procedimento se mantém inalterada, a isto não pode corresponder que perdure uma postura de domínio sobre o resultado do mesmo. Na constrição do juiz constitucional encontra-se a semente do fortalecimento da sociedade e do fortalecimento da própria Constituição.

## Referências Bibliográficas

ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. *In Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 8, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1997, págs. 201-226.

ALEXY, ROBERT. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ARAÚJO, JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ. **La Constitución como proceso e la desobediencia civil**, Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1994.

ATIENZA, MANUEL. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2004.

BERTEN, ANDRÉ. Republicanismo e Motivação Política. *In MERLE, JEAN-CHRISTOPHE E MOREIRA, LUIZ (Orgs.), Democracia e Legitimidade*, Rio de Janeiro, Editora Landy, 2002, pp. 21-36.

BICKEL, ALEXANDER. **The Supreme Court and the Idea of Progress**, Yale University Press, 1978.

BOBBIO, NORBERTO. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BUARQUE DE HOLANDA, SÉRGIO. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1995.

CANARIS, CLAUS WILHELM. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 1989.

CAVALCANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. **Do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

CITTADINO, GISELE. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

COMANDUCCI, PAOLO. Formas de (Neo) Constitucionalismo: um análise metateórico. *In Isonomia*, n. 16, Abril 2002, pp. 89-112.

DAVID, RENÉ. **O Direito Inglês**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

DELACAMPAGNE, CHRISTIAN. **História da Filosofia no Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

DWORKIN, RONALD. **Levando Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

DYZENHAUS, DAVID. **Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar**. Oxford University Press; 2000.

ELY, J.H. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Mass., 1980

FILHO, MANUEL GONÇALVES FERREIRA. **O Anteprojeto dos Notáveis**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

FIORAVANTI, MAURIZIO. **Constitución. De la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2001.

GALUPPO, MARCELO CAMPOS. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE; CRUZ, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA (Orgs.), **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. Disponível em: [http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/hermeneutica\\_constitucional.htm](http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/hermeneutica_constitucional.htm). Acesso em: 29 jan. 2005.

GARGARELLA, ROBERTO. **La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Buenos Aires : Editorial Ariel, S.A., 1996.

GIORDANI, MÁRIO CURTIS. **Iniciação ao Direito Romano**. Rio de Janeiro: Ed. Líber Iuris, 1986

GOMES, JOAQUIM B. BARBOSA, A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001, pp. 129-152.

GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. **El Defensor del Pueblo (Ombudsman)**. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

GRIFFIN, STEPHEN M. . **American Constitucionalism: From Theory to Politics**. Princeton University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Judicial Supremacy and Equal Protection in A Democracy of Rights. *In Journal of Constitutional Law of University Of Pennsylvania*, Volume 4, Janeiro de 2002, pp. 281-313.

\_\_\_\_\_. **The age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights**. [S.l. : s.n], 2003.

HÄBERLE, PETER. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS , JURGEN. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade**, volume I. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, MADISON E JAY. **O federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HART, HERBERT. **O Conceito do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

HESSE, KONRAD. **A Força Normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, THOMAS. **Leviatã** (ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil). São Paulo : Editora Martin Claret, 2003.

KELSEN, HANS. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**. Universidade Nacional Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LEIB, ETHAN J. **Redeeming the welshed guarantee: a scheme for achieving justiciability**. 24 Whittier Law Review, 143, Fall, 2002.

LEIS, HECTOR. **Sobre o conceito de democracia em Rousseau**. Rio de Janeiro, 1982. 125 p. Dissertação, Departamento de Filosofia, PUC-RJ.

LEVINSON, SANFORD. **A Dialogue with the People, or a Juricentric view of the world? Why the Supreme Court should be televised when it announces its opinions**. Disponível em:

[http://writ.news.findlaw.com/scripts/printer\\_friendly.pl?page=/commentary/20020723\\_levinson.html](http://writ.news.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=/commentary/20020723_levinson.html). Acesso em: 27 set 2003

LOCKE, JOHN. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo : Editora Martin Claret, 2004.

MAIA, ANTONIO CAVALCANTI E SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In* PEIXINHO, MANOEL MESSIAS; GUERRA, ISABELLA FRANCO; FILHO, FIRLY NASCIMENTO (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, pp 57-99.

MARINONI, LUIZ GUILHERME e ARENHART, SÉRGIO CRUZ. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, HUGO NIGRO. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998

MENDES, GILMAR FERREIRA. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MICHELMAN, FRANK I. Morality, Identity and 'Constitutional Patriotism'. *In* **Ratio Juris**, Volume 14, Number 3, September 2001, pp. 253-271.

\_\_\_\_\_. **Brennan and democracy**, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Law's Republic. *In* **The Yale Law Journal**, vol. 97, number 8, July 1988, pp. 1493-1537.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court 1985 Term, Foreword. *In* **Harvard Law Review**, 100, 1986, pp. 4-77.

MIRANDA, DANIEL CALHMAN DE. Uma perspectiva da jurisdição constitucional: Democracy and Distrust. *In* **Arq. Minist. Just.**, Brasília, 49 (187), jan/jul, 1996, pp. 167-182.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. O Princípio da Solidariedade. *In* PEIXINHO, MANOEL MESSIAS; GUERRA, ISABELLA FRANCO; FILHO, FIRLY NASCIMENTO (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, pp. 167-190.

MULLER, FRIEDRICH. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

NILSSON, PER-ERIK. El Ombudsman Defensor de Pueblo? O Que?. *In La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en suecia*, México, D.F., UNAM, 2001, pp. 9-21.

O'NEILL, JOHNATHAN. Shaping Modern Constitutional Theory: Bickel and Bork confront the Warren Court. *In The Review of Politics*, Summer, 2003, pp. 325-351.

OLIVEIRA, FABIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA. **Por uma teoria dos princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003

OST, FRANÇOIS. Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modes de justice. *In GERARD, PH.; OST, F.; KERCHOVE, M. VAN (Orgs.). Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*. Bruxelles [s.n.], 1983, pp. 1-70.

PALERMO, FERNANDA KELLNER DE OLIVEIRA. **Improbidade administrativa e a atuação do Ministério Público**. Teresina, mar. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2732>. Acesso em: 11 ago. 2004.

PAPACHRISTOS, A.C. **La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1975

PERELMAN, CHAIM. **Ética e Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

PETTIT, PHILIP. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford University Press, 1997.



POLETTI, RONALDO. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Romano Público e Privado**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

QUEIROZ, ARI FERREIRA. **Direito Constitucional**. Goiânia: Editora Jurídica IEPC, 1999.

RAWLS, JOHN. **Liberalismo Político**, tradução de Sergio René Madero Baéz. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RINALDI, NORBERTO. Tribuno de la Plebe y Defensor del Pueblo. *In* **Direito Público Romano e Política**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, publicação no prelo. Não paginada.

RODRIGUES, LÊDA BOECHAT. **A Corte Warren (1953-1969):** Revolução Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

ROSSEAU, JEAN-JACQUES. **Contrato Social e outros escritos**. São Paulo: Editora Cultrix, 2002

SALDANHA, NELSON. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SANCHIS, LUIS PRIETO. **Constitucionalismo y Positivismo**. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico. *In* **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº 23, pp. 161-195. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_08.pdf). Acesso em: 20 jul. 2003.

SCHMITT, CARL. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

\_\_\_\_\_, **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_, **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

SCHMITT, CARL; AGUILAR, HÉCTOR ORESTES (Autor / Compilación y Prólogo). **Carl Schmitt, Teólogo de la Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SILVA, ADALBERTO PRADO E (Org.). **Novo Dicionário Melhoramentos**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1969.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SUNSTEIN, CASS R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York, Free Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Interest Groups in American Public Law. *In* **Stanford Law Review**, 38, 1985.

TÁCITO, CAIO. Ombudsman – O Defensor do Povo. *In* **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 85, jan-mar, 1988, pp. 43-51.

TAVARES, ANA LUCIA DE LYRA. A Constituição Brasileira de 1988: Subsídio para os Comparatistas. Separata da: **Revista de Informação Legislativas**, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a.28, n. 109, jan./mar. 1991, pp. 71-108.

TEPEDINO, GUSTAVO. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Editora Renovar, 2004.

TROPER, MICHEL. The logic of justification of judicial review. *In Oxford University Press and New York University School of Law 2003*, I.CON, Volume 1, Number 1, 2003, pp. 99-121.

TUCCI, JOSÉ CARLOS CRUZ E. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, OSCAR VILHENA. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

YUPANQUI, SAMUEL B. ABAD. El Ombudsman o Defensor del Pueblo en la Constitución Peruana de 1993: retos e limitaciones. *In Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 86, 1996, pp. 401-417.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. **El Derecho Dúctil** . Madrid: Editorial Trotta, 1995.

# 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](#)