

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Vitor Marques

**Os limites estruturais do Supremo Tribunal Federal no Brasil: controle de
constitucionalidade e medidas de exceção**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Vitor Marques

Os limites estruturais do Supremo Tribunal Federal no Brasil: controle de constitucionalidade e medidas de exceção

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

São Paulo

2019

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura _____

Data _____

E-mail [ymmarquesvm@hotmail.com](mailto:yymarquesvm@hotmail.com)

Marques, Vitor

Os limites estruturais do Supremo Tribunal Federal no Brasil: controle de constitucionalidade e medidas de exceção / Vitor Marques. -- São Paulo: [s.n.], 2019.

121p..

Orientador: Pedro Estevam Alves Pinto Serrano.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

Área de concentração: Direito

1. O presente trabalho constitui uma análise histórica e jurídica da construção do constitucionalismo no ocidente e de seus desafios e finalidades ao longo dos séculos. Considera-se, para tal finalidade, fatos históricos, sobretudo de países tidos como cruciais para a construção do constitucionalismo moderno, como Inglaterra, França e Estados Unidos da América. 2. A presente análise considera que, para alcançar tal objetivo, outro arranjo constitucional seria uma das alternativas para minimizar a produção de medidas de exceção e garantir uma melhor proteção à Constituição federal. Palavras chave: constitucionalismo; *judicial review*; controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; medidas de exceção. I. Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

Vitor Marques

**Os limites estruturais do Supremo Tribunal Federal no Brasil: controle de
constitucionalidade e medidas de exceção**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Dr. Pedro Estevam Alves Pinto Serrano – PUC-SP

Dr. Silvio Gabriel Serrano Nunes - Escola Superior do TCM-SP

Dr. Luciana de Toledo Temer – PUC-SP

AGRADECIMENTO À CAPES PELA BOLSA DE PESQUISA CONCEDIDA

“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.”

“This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001”

Número do Processo: 88887.163083/2018-00

AGRADECIMENTOS

Ter um filho Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo é um horizonte absolutamente desconhecido de minha mãe, Nadir Bordin, e de meu pai, Marcio Jesus Marques. Para pessoas simples que tiveram muita vontade de estudar, mas pouca oportunidade, ser o primeiro da família a cursar o Ensino Superior representou imensa ousadia. Ser Mestre é algo que eles ainda precisarão compreender. É para eles, pessoas que desconhecem o que significa esse título, a minha maior gratidão. Sem eles, não sou.

Agradeço imensamente sócios de vida, de sonhos e ideais, por me apoiarem e socorrerem em momentos cruciais desta dissertação. Obrigado Bruno César de Caires e Pedro Henrique Mazzaro Lopes.

Aos queridos amigos/as que nunca me abandonam e recebem meus apelos para todas as situações: Beatriz Andrade Gonçalves, Jorge Luiz Garcia da Silva, Gustavo Goldoni Barijan e Marina de Mello Gama, muito obrigado.

Viver em São Paulo é abdicar dos estreitos laços familiares e, assim, estar ausente em datas importantes. É viver entre milhões de pessoas e sentir-se sozinho.

Felizmente, tenho uma pequena família, Deise Maria Brogio Passoni, Marcos Paulo Passoni e a Gigi, para me apoiar e aliviar a dor de viver longe da querida Mirassol.

Tão rico quanto se debruçar sobre os livros é ter o privilégio de conviver com um grande advogado. Esta tese é fruto de muito estudo e pesquisa, mas também de inúmeros diálogos com o advogado mais hábil, amplo e profundo que conheço, Dr. Francisco Roque Festa. Obrigado por ser um grande farol nesse momento de minha trajetória.

Se a vida é a arte do encontro, como anuncia o poeta Vinicius de Moraes, agradeço pessoal e academicamente por ter encontrado, antes que todo o país a conhecesse, a criminalista Maíra Fernandes. Tendo o caos como método de vida, Maíra transmitiu rigor e disciplina para que eu finalizasse esta pesquisa.

A minha vida tem um registro: a PUC-SP. E a PUC-SP é feita de história, tradição, ensino e, principalmente, de pessoas.

Para todo o sempre, minha gratidão existirá para a Professora Maria Amália Pie Adib Andery, padre José Rodolpho Perazzolo e Vidal Serrano Nunes Jr.. Seres humanos que transformaram a minha vida.

Desde o primeiro ano de graduação na PUC-SP, o professor e amigo Pedro Estevam Alves Pinto Serrano faz parte da minha caminhada. Essa tese é fruto de sua paciência e generosidade. O meu caminho sempre estará pavimentado por seus ensinamentos.

“Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a
liberdade que oprime e a lei que liberta.”

Henri Dominique Lacordaire

Resumo

O presente trabalho constitui uma análise histórica e jurídica da construção do constitucionalismo no ocidente e de seus desafios e finalidades ao longo dos séculos. Considera-se, para tal finalidade, fatos históricos, sobretudo de países tidos como cruciais para a construção do constitucionalismo moderno, como Inglaterra, França e Estados Unidos da América. Para além do constitucionalismo, avalia-se as consequências e produtos deste longo processo, sendo de grande relevância o *judicial review*. A análise do *judicial review*, de seus primórdios até os dias atuais, justifica-se em virtude da pretensão de examinar como ocorreram as influências externas, sobretudo dos Estados Unidos da América, na formatação do controle de constitucionalidade brasileiro. Considera-se aqui a Constituição federal de 1988 e a organização do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, e como este está estruturado para garantir, com eficácia e equilíbrio institucional, a proteção dos atos normativos. Para além do desafio de controlar a Constituição a partir da vigilância de atos produzidos pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, o atual momento histórico exige cautela do Poder Judiciário para que este não se torne uma fonte de medidas de exceção. Ou seja, além de vigiar os atos contrários à Constituição federal, tem o Supremo Tribunal Federal a incumbência de impedir a produção de medidas de exceção. A presente análise considera que, para alcançar tal objetivo, outro arranjo constitucional seria uma das alternativas para minimizar a produção de medidas de exceção e garantir uma melhor proteção à Constituição federal.

Palavras chave: constitucionalismo; *judicial review*; controle de constitucionalidade; Supremo Tribunal Federal; medidas de exceção.

Abstract

The matter under analysis in the present monograph is a historic and legal construction of constitutionalism in the east and its challenges and purposes over the centuries. In this order, it analyzed historic events, overall of the countries that had crucial participation on development of modern constitutionalism, in focus on England, France and United States of America. Besides the constitutionalism, its analyses the consequences and products of these processes derive from the relevance of judicial review. The analyses of judicial review, since its first days until today, justified by virtue of the claim of assessment on how occurred external influences, especially of United States of America on formation of control of constitutionality in Brazil. The Constitution of 1988 and the organization Judiciary Branch, mainly, of Supreme Court and how its structure to guarantee the protection of normative acts with efficiency and institutional evaluation. Apart from the challenge to control the Constitution from the vigilance of acts produced by Legislative and Executive Branches, the actual historical moment demands cautions of Judiciary so that will not be an source of exemption acts. In other words, as well as supervise the acts against the federal Constitution, the Supreme Federal Court must cut off these exemption measures from Legislative and Executive powers. To achieve this purpose, it considered to elaborate another constitutional arrangement as one of the alternatives to reduce the production of exemption acts and a better way to protect the federal Constitution.

Key words: constitutionalism; judicial review; constitutionality control; Supreme Federal Court; exemption acts.

SUMÁRIO

Introdução	12
PRIMEIRA PARTE	14
1. A construção do constitucionalismo e sua nova roupagem a partir do Século XX	14
1.1 Aspectos históricos do texto constitucional	15
1.2 A democracia constitucional do pós-guerra	17
1.3 A Constituição como vetor social	18
1.4 O constitucionalismo como movimento político e jurídico	21
1.4.1.1 A soberania do parlamento inglês	24
1.4.1.2 O constitucionalismo liberal francês	26
1.4.1.3 O republicanismo dos Estados Unidos da América e o embrião do controle de constitucionalidade	27
1.5 Os reflexos da Segunda Guerra Mundial para o constitucionalismo	30
1.5.1 O constitucionalismo como barreira ao retrocesso autoritário	34
SEGUNDA PARTE	40
2. Do judicial review	40
2.1 Construção do <i>judicial review</i>	43
2.1.1 O Colégio de Médicos e a proteção do direito fundamental	43
2.1.2 Marbury vs Madison: prevalência da historicidade	45
2.2 O <i>judicial review</i> como proteção aos direitos fundamentais	48
2.3 As influências da Inglaterra nos Estados Unidos da América para a construção do <i>judicial review</i>	50
2.3.1. A relação conflituosa entre a vocação majoritária do Parlamento e a vocação contramajoritária do Judiciário	52
2.3.2 O conceito de política para Bruce Ackerman	53
2.3.3 A supremacia do Poder Judiciário para Ronald Dworkin	54
2.3.4 A participação democrática de Jeremy Waldron	57
2.4 Reflexões sobre a construção do processo legislativo	60
2.5 A tentativa canadense para superar a dicotomia Judiciário vs. Legislativo	68
2.6 O Supremo Tribunal Federal do Brasil: aspectos organizacionais	70
2.7 Desafios para reflexão sobre o STF brasileiro	74
TERCEIRA PARTE	80

3. Do controle de constitucionalidade às medidas de exceção: um conflito posto no Supremo Tribunal Federal no Brasil	80
3.1 Traços doutrinários e históricos das medidas de exceção	81
3.2 A exceção para Carl Schmitt	88
3.3 Teoria da Exceção na Contemporaneidade	90
3.5 Os reflexos da aplicação da medida de exceção na dignidade humana, justiça e igualdade	94
3.5.1 Dignidade humana	94
3.5.2 Justiça	95
3.5.3 Igualdade	97
3.6 A alteração da fonte de exceção: do poder político para o poder jurídico	98
3.7 Caso concreto em que a estrutura do STF contribuiu para a manifestação de medida de exceção	104
Conclusão	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
Sites acessados	119

Introdução

O presente trabalho busca identificar, a partir do design institucional brasileiro, quais são as complexidades, atribuições e dificuldades envolvidas na proteção da Carta Magna, em uma estrutura que, infelizmente, acaba por ensejar medidas caracterizadas pela doutrina como de exceção. Será dada especial atenção ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que esse tem sido instado a se manifestar sobre diversos assuntos e, ao mesmo tempo, é dele que se exige a proteção da Constituição federal.

Promulgada em 1988, a Constituição Cidadã sintetiza o acúmulo social e político vivido nos anos de Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) e as expectativas da sociedade para com o futuro. Este processo político-jurídico extrapola o conhecimento restrito referente a aspectos técnicos e procedimentos que envolvem a construção de uma Constituição federal. Vão além, envolvendo expectativas e disputas na sociedade.

O contrato político constitucional representa uma pactuação dos mais diversos interesses sociais. Trata-se de uma conciliação política para que a convivência seja possível. A Constituição federal brasileira de 1988 é quem institui e baliza o funcionamento do Estado brasileiro e os valores a serem perseguidos e protegidos.

Segundo o texto da Constituição Cidadã, é o Supremo Tribunal Federal quem a protegerá. Em razão de elementos políticos, sociais e econômicos, assuntos de natureza política tem sido constantemente judicializados e levados para apreciação da Suprema Corte. Além disso, soma-se o fato de que as decisões judiciais passaram a ser acompanhadas com paixões diversas, de modo que a população tem se manifestado sobre inúmeras decisões e a imprensa, como de costume no Brasil, acaba por fomentar ou canalizar os sentimentos da população para o interior do Supremo Tribunal Federal.

A proteção constitucional que deveria ser sempre calcada única e exclusivamente no texto e nos valores positivados em 1988, assim, acaba por sofrer interferências de diversas naturezas, inclusive, por vezes, aquelas que fogem ao Direito.

Nesta oportunidade, para contextualizar o caso brasileiro, faremos uma imersão na construção do constitucionalismo, que se deu, sobretudo, a partir do período pós Segunda Guerra Mundial, em que o texto constitucional adquiriu nova forma jurídica.

Foi a partir das desgraças humanas, com centenas de milhares de mortes e perseguições vividas na Segunda Guerra Mundial, que as várias nações identificaram a necessidade de criar instrumentos jurídicos que pudessem proteger a humanidade em momentos de incidência causada por regimes autoritários. Além de proteger a humanidade, construiu-se naquela

oportunidade a ideia de que a Constituição deveria prever objetivos que fossem do interesse de todos.

Neste cenário, o controle de constitucionalidade ganhou também nova estatura, pois foi necessário exigir-se mais deste mecanismo, uma vez que o texto constitucional passou a tratar, com maior frequência, de assuntos de impacto e relevância social, política e econômica.

No Brasil, diferente do que ocorre em outros países, como Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América, o controle de constitucionalidade e o exercício jurisdicional pela instância de 3º grau são praticados pelos mesmos agentes do Estado. Logo, a atribuição de defender a Constituição federal é exercida por um colegiado que ocasionalmente é chamado a se manifestar nos mais diversos casos concretos. A confluência de atribuições acaba por contribuir com medidas que, por vezes, fogem ao Direito.

Sendo assim, após identificar a construção e configuração do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial e expor o histórico e prática do *judicial review* brasileiro, adentraremos numa análise que considera o conflito entre o controle de constitucionalidade e a prática de medidas de exceção proferidas pelo mesmo colegiado.

A finalidade do presente trabalho é identificar se as bases sociais que permitiram a construção desta estrutura foram modificadas por um novo tempo. Manter na estrutura estatal os agentes que possuem como missão a proteção constitucional, ao mesmo tempo em que devem se manifestar sobre os mais diversos assuntos, é incorrer no perigo de ter o guardião da Constituição incorrendo em práticas contrárias à sua vocação.

PRIMEIRA PARTE

1. A construção do constitucionalismo e sua nova roupagem a partir do Século XX

A Constituição como um instrumento de natureza jurídica pode ser analisada sob vários aspectos: político, social, histórico, etc. Tal possibilidade existe porque a Constituição é um compromisso elaborado pelos cidadãos de determinado território. Sendo assim, ela reflete os aprendizados, anseios e expectativas daqueles que a elaboram. Trata-se, portanto, de uma construção humana, a qual considera os dados postos na realidade.

Para nós, neste momento, primordial é compreender as partes fundamentais, ou seja, as influências doutrinárias e históricas, além dos valores e prioridades existentes que culminaram na formação do arcabouço constitucional em vigor - e o que este representa juridicamente. Compreender tais partes é vital para identificarmos quais valores foram embutidos e com qual finalidade no texto constitucional.

Identificar as partes é necessário, pois, desde o século XVIII, quando a Constituição ganhou aspecto de texto social que organiza determinado território. As disposições, influenciadas pela realidade social, vêm se alterando. Ao longo dos séculos, uma característica inerente ao constitucionalismo perpassou vários momentos e merece o devido destaque: as influências políticas.

Em todos os momentos de elaboração da Constituição, há a reunião das forças políticas atuantes, que a depender do período e local histórico, serão pessoas, grupos ou todo o conjunto da população, para que assim o texto constitucional possa ser elaborado.

Diante desta configuração, a Carta Constitucional para alguns representa “um manifesto político formal e solene, definindo um regime político, organizando o poder público e fixando as regras de participação do povo no exercício do poder político”¹.

Cabe ponderar que, ainda que seja um texto baseado em fatos políticos, o teor político da Constituição se limita aos elementos que possibilitam a sua construção e não à condução dos direitos consagrados no texto constitucional. Os direitos positivados no texto

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27

constitucional devem ser concretizados e aplicados independente de forças políticas conjunturais. Se assim não for, teremos o Direito sucumbindo às conveniências passageiras.

Considerando toda a construção de séculos que o constitucionalismo ocidental carrega e os movimentos históricos que foram fundamentais para aprimorar a concepção e finalidade do texto constitucional, predomina hoje a ideia de que a Constituição representa um conjunto de normas de organização do conjunto da sociedade, incluindo o Estado, e de comportamento social. Construída pelo povo, ela deve ser obedecida por todos.

A formatação da Constituição como texto escrito, o qual estabelece normas de organização da sociedade e objetivos sociais, com força jurídica, sintetiza o advento de uma ampla construção humana e profundo acúmulo histórico.

1.1 Aspectos históricos do texto constitucional

Para alguns doutrinadores, data de 1215 o primeiro registro de Constituição federal com traços comuns aos que temos hoje.

Imposto ao Rei João Sem Terra na Inglaterra, este documento, embora sem um amplo rol de direitos, continha regras fundamentais de organização e exercício do poder político. Tal previsão, ao longo dos séculos, se consolidaria como condição *sine qua non* das constituições modernas em estados democráticos.

Em 1787, na Filadélfia, EUA, diante da necessidade de organizar o estado norte-americano e com uma composição populacional heterogênea, identificou-se a necessidade de estabelecer uma Constituição que estipulasse um rol de direitos fundamentais, racionalmente formulados. Considerando os valores e crenças comuns à maioria, e o contexto social, político e econômico, construiu-se com racionalidade a carta constitucional, a qual foi fundamental para estabelecer a independência das até então colônias inglesas.

Na Europa, no mesmo período histórico, os franceses viviam uma intensa disputa de valores e garantias para se estabelecerem pós-Revolução Francesa. Neste contexto, a Assembleia Nacional constituída na França analisou a Constituição dos Estados Unidos da América e concluiu que tal documento valorizava os valores de liberdade e igualdade.

Diante de divergências restantes, a assembleia tomou a decisão de elaborar uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, retardando a elaboração da Constituição,

mas já prevendo naquela algumas diretrizes, como demonstra o artigo 16²: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”.

Com isso, fica evidente que os franceses identificavam a Constituição como instrumento capaz e suficiente para estabelecer um novo regime de Estado. Ao elaborar a Constituição francesa, nobres e burgueses (por convergências de interesses) uniram-se para assegurar alguns dos privilégios que o novo momento do estado francês buscava combater: o direito à propriedade.

Com a união de ambas as forças políticas representadas na Assembleia Constituinte, ficou garantido o direito à propriedade. Tal estipulação, ao longo da história, enraizou-se nos textos constitucionais e está presente até os dias atuais, como é o caso da previsão no Texto Constitucional brasileiro, em seu artigo 5º caput, ao estabelecer:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.³

Registre-se que o Art. 5º está insculpido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Dando, portanto, natureza de cláusula pétrea ao referido direito à propriedade.

Além do direito à propriedade, a Assembleia Constituinte francesa também manteve a Monarquia, estipulando limites impostos pela Constituição federal. A manutenção de tais pontos significou uma conciliação de interesses com a ala conservadora, mas permitiu o avanço do Estado francês a um novo regime.

Até o século XX, a construção do constitucionalismo pretendeu a limitação jurídica do poder político e a garantia da liberdade. Pode-se afirmar que até os dias atuais a Constituição é objeto de análise para se averiguar o caráter democrático dos estados.

²<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

1.2 A democracia constitucional do pós-guerra

Do surgimento da Constituição até os dias atuais formou-se uma espécie de consenso, o qual estabelece que não há democracia sem uma Constituição que a legitime. Ao longo do processo constitucionalista, a ideia de ter uma Constituição foi se lastreando por todo o solo terrestre, sendo, para muitos países que estavam superando períodos de colonização ou de regimes autoritários, um importante marco.

Na medida em que se disseminou o estudo sobre o Direito Constitucional e a Constituição ganhou maior atenção por parte dos estudiosos, houve por parte de alguns destes uma tentativa de rebuscar o estudo da Constituição dando uma maior preocupação com sua forma.

Todavia, a Constituição, por razões políticas e jurídicas, surge com finalidade precípua de legitimar o poder e estabelecer regras de organização e funcionamento da sociedade.

Com o objetivo de sinalizar aparência de legalidade, os movimentos autoritários mais recentes, conforme explanado no livro “Como as Democracias morrem”⁴, tomaram a cautela de manter a Constituição de seu respectivo país, garantindo um aspecto formal constitucional, ainda que as práticas de tais regimes em nada estejam sintonizadas com aquilo que roga uma Constituição democrática.

Na verdade, esta manobra tem lastro no consenso construído, em especial no ocidente, após a Segunda Guerra Mundial na Europa e após os regimes autoritários na América Latina, de que um Estado para ser democrático necessita de uma Constituição. Sendo assim, para não despertar irrestritamente questionamentos de índole democrática, os regimes autoritários mantêm as constituições para criarem uma máscara institucional e assim imporem com algum respaldo suas medidas autoritárias e persecutórias. Na contemporaneidade, há o poder dos autoritários em não ousar revogar o texto constitucional.

Como síntese de todo o constitucionalismo, o que faz de uma Constituição um instrumento de fato democrático é a sua vocação para organizar o funcionamento da sociedade, limitar o poder e assegurar instrumentos e garantias individuais para os cidadãos. Sem estes valores concretizados materialmente, estaremos diante de um texto qualquer, o qual, por conveniência política, foi apelidado de Constituição.

⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. – 1ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

1.3 A Constituição como vetor social

O texto constitucional é vetor resultante de uma equação econômica, política e social, a qual considera as circunstâncias, o momento histórico, o acúmulo político alcançado, as necessidades e prioridades humanas, e a capacidade de um governo em traduzir todas estas ponderações num texto.

A formação de um corpo unitário em torno de um contrato político faz-se a partir de diversos grupos, que aderem aos termos pactuados. De partes, forma-se o todo.

Para o professor Dalmo de Abreu Dallari, em “A Constituição na vida dos povos”⁵:

[...] a ponderação de que a Constituição do povo e de seu governo, assim como as mudanças na Constituição, deveriam estar baseadas, fundamentalmente, em regras de convivência nascidas da realidade social e mantidas através do tempo com a concordância geral, como padrão básico da justiça e expressão das convivências comuns. (DALLARI, 2013, P. 10)

Assim, conclui o jurista que as constituições refletem um momento histórico, fruto do passado e das expectativas para o futuro. Não estando, portanto, à disposição de interesses escusos daqueles que oportunamente estejam na condução do poder político.

A partir da segunda metade do século XX, a Constituição passa a ser um instrumento de proteção dos povos. Afasta-se de uma pretensa carta jurídica, e volta-se a finalidade de prever, a partir do acúmulo social atingido, instrumentos e garantias fundamentais para o convívio e desenvolvimento social. Para o supracitado professor:

Respeitar a Constituição é muito mais do que apegar-se a um legalismo formal, satisfazendo-se com a existência de uma Constituição escrita e com o reconhecimento de sua superioridade na hierarquia das leis. O verdadeiro respeito implica a exigência de legitimidade do poder constituinte e do poder reformador, um compromisso permanente com os princípios expressos e implícitos na Constituição e a preocupação permanente com sua efetividade em todas as relações sociais, tendo em conta, no momento da aplicação a situações concretas, a evolução social dos valores nela consagrados. (DALLARI, 2013, P. 10)

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10

E conclui: “Esse respeito é indispensável para a proteção da dignidade humana e a consecução de uma ordem social justa, na qual as relações políticas e sociais sejam pautadas pelo Direito, estando garantido o efetivo respeito aos direitos fundamentais de todos os seres humanos”⁶.

A Constituição federal de 1988 é resultante do processo histórico iniciado no século XX, denominado no direito como período pós-bélico. Neste contexto, as constituições deixam de cumprir somente os objetivos de restringir os poderes e prever as leis para garantias de direitos e passam a se propor a finalidade de assegurar os princípios constitucionais fundamentais. Sendo assim, as constituições recebem novo caráter, uma vez que, além da garantia dos direitos fundamentais, passam a prever os instrumentos necessários para assegurá-los.

Como consequência deste momento histórico e das construções jurídicas atingidas, as constituições passam a ter em comum dois princípios fundamentais, a saber: o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade. Sendo que o princípio da igualdade deixa de ter um caráter limitador, impedindo discriminações, e passa a ter também um aspecto ampliativo, com finalidade promocional, prevendo mecanismos de acesso a bens fundamentais entre todos os seres humanos, como os direitos à educação e à saúde e os direitos sociais⁷.

A partir da Constituição de Weimar, os textos constitucionais adquirem dimensão democrática⁸:

Nesse contexto, Peter Haberle oferece conceito amplamente democrático sobre o que seria a Constituição. Para o insigne constitucionalista, a Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição do “Estado”: ela possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição, num Estado Democrático, não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, consubstanciando, assim, a sociedade. Daí que contra ela não pode ser oposta nem mesmo a vontade da maioria. (ABBOUD, 2016, p. 109)

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13

⁷ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 109

⁸ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 109

A positivação dos direitos fundamentais representa para o Direito um avanço civilizatório, estabelecendo, assim, novos balizadores da relação humana nesta quadra da história.

Compreender o processo constitucional e o delineamento das atribuições das funções dos poderes é vital para a promoção e o fortalecimento do regime democrático. Com isso, faz-se um exercício cotidiano de evitar o surgimento de regimes totalitários, os quais, segundo comprova a história, afastam os direitos fundamentais e condicionam a vida do cidadão aos seus interesses escusos.

Ao instituir disposições constitucionais fundamentais que não estão sujeitas a alterações por maiorias políticas construídas e os mecanismos que impeçam tais alterações, temos a consolidação da justiça constitucional. O direito inserido num regime democrático nos permite criar uma proteção ao ser humano e aos seus direitos fundamentais.

É o direito como instrumento da racionalização e da limitação do poder. Cumpre, portanto, a função de delinear o funcionamento das instituições, considerando as atribuições, e impedindo que ocorra um extrapolamento do exercício de atividades não permitidas.

Uma estrutura em que o direito não cumpra esse objetivo de organizar o exercício das instituições e, conseqüentemente, do poder nos levará a uma sociedade sob os moldes da teoria de Carl Schmitt⁹, de prevalência autoritária e maiorias que visam a exterminar os identificados como inimigos, conforme previsto por Schmitt.

É o processo constitucionalista que elege os valores da sociedade, além, portanto, de limitar o poder soberano. É inconcebível que a prática de qualquer cidadão ou o exercício de qualquer função estatal não tenha algum limite na Constituição. Ao mesmo tempo em que limita determinadas iniciativas, a Constituição é a maior protetora e garantidora dos direitos das minorias.

A presença de instituições resguardadas por uma Constituição inibe o surgimento de regimes totalitários. Fora do amparo constitucional, a alternativa é o uso da força que leva à barbárie.

⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**, Madrid: Alianza Editorial, 2006, § 3.º, p. 46-47.

Portanto, a função da jurisdição constitucional é proteger as minorias e salvaguardar a dignidade humana. A construção dos limites e garantias constitucionais é amparada pelo processo histórico vivido. Esse acúmulo político é o que acabará refletido em normas.

A Constituição de 1988 é extremamente generosa e acolhedora com as mazelas e desafios sociais brasileiros. Mas, em momentos de turbulência política, torna-se causa dos males vividos, sob o retrógrado discurso de ser um instrumento que garante um número excessivo de direitos. Para os que defendem tal ponto de vista, pretendendo uma enganosa pacificação em uma sociedade enraizada pela desigualdade social, a panaceia receitada é a alteração constitucional.

Do outro lado, porém, amparado pela teoria de Carl Schmitt, surge a necessidade de alterar o culto ao nacionalismo, que promove a homogeneização racial e cultural, entre outras, e que relaciona a homogeneidade à força de um país, para o culto ao patriotismo constitucional, enaltecendo, portanto, os valores democráticos e plurais.

A concretização da Constituição federal carece de atuação positiva dos agentes políticos e da sociedade civil. A todas as partes cabe um compromisso democrático, para que a Constituição seja preservada e não dilapidada.

Solitária, a Constituição não resolverá problemas de raízes históricas, nem aqueles contemporâneos, fruto do momento social e político. Mas sem ela, certamente, não haverá a construção de Democracia, bem como de instituições organizadas, com atribuições e funções previstas.

A Inglaterra, desde 1215, com a Carta Magna, embora não tenha se debruçado para elaborar uma Constituição, construiu ao longo dos anos uma moldura constitucional, sintonizada com valores fruto da própria história da sociedade inglesa, tendo, portanto, tais normas força superior àquelas somente escritas, sem amparo e reconhecimento social. Já os EUA possuem uma Constituição enxuta, que ao longo dos anos foi emendada, mantendo a essência e o cumprimento pelos estadunidenses.

1.4 O constitucionalismo como movimento político e jurídico

Em sintonia com o desenvolvimento da humanidade, da história e das organizações da sociedade, o constitucionalismo pode ser compreendido como um movimento político que

desde a Idade Média estabeleceu-se e foi instrumento importante para a formatação da sociedade.

É possível identificar manifestações pré-modernas, caracterizadoras do que se denomina constitucionalismo antigo e constitucionalismo medieval, ou mesmo anteriores, como ensina Karl Loewenstein¹⁰.

Registrado da Inglaterra medieval, o constitucionalismo surge com a finalidade inicial de limitar o poder político. Tal propósito é extremamente justificável na medida em que a compreensão da Constituição era de que esta resultava de um embate político. Tratava-se, portanto, de um contrato para o convívio social. Neste sentido, todas as decisões deveriam ser tomadas em sintonia com o que pregava a Constituição.

Da Idade Média até o absolutismo temos a construção do constitucionalismo muito tímida. Uma evolução que mais se dedica a aspectos formais, como a transição da Constituição, que antes era costumeira para a escrita.

O movimento do Iluminismo, o qual agasalha os movimentos ocorridos na Inglaterra, França e a independência dos Estados Unidos da América, é fundamental para uma ruptura de regimes, organizados até então a partir da figura do monarca, o qual estaria legitimado para exercer seu poder político por amparo divino. Naquele momento, a figura do monarca foi substituída pela figura das leis, sendo a vontade desta prevalecente nos países. E as leis receberiam a legitimidade da Constituição, fruto de um movimento político.

Assim, temos que o fim do Absolutismo e o início da Idade Moderna foi um marco importante para a construção do constitucionalismo, à luz da razão, da separação de poderes, organização e funcionamento da sociedade.

Por essa perspectiva, elementos caracterizadores dos primeiros contornos de constitucionalismo moderno podem ser identificados já na Magna Carta inglesa de 1215. É possível distinguir no documento um conjunto de normas jurídicas visando à limitação de poder e conceitos embrionários daquilo que viria a ser um modelo de estado burguês, com explícita preocupação em impor limitações ao exercício do poder estatal e uma pretensa declaração de direitos fundamentais da pessoa humana como salvaguarda de direitos individuais.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 154.

Entretanto, não obstante os esforços aplicados pelos ingleses, diminutos foram os efeitos limitadores ao absolutismo ao longo da Idade Média, de modo que os marcos históricos do constitucionalismo só encontrariam eco nos movimentos sociais ocorridos na Inglaterra em 1688. Mas é sobretudo nos Estados Unidos, com a Independência Americana em 1776, e na França, com a Revolução Francesa em 1789, revoluções sociais cujos movimentos políticos desembocaram na produção de textos escritos racionalizadores, limitadores e organizadores do poder estatal - as constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1791, que é possível identificar a origem histórica do movimento político-jurídico denominado constitucionalismo.¹¹

Logo, a independência norte-americana e a Revolução Francesa são eventos determinantes para as relações sociais, políticas e humanas, marcando o fim e o início de uma nova era na história humana ocidental e estabelecendo, no campo do direito, balizas teóricas para o gênesis de um inédito e universal sistema jurídico vertido na supremacia da Constituição como instrumento de limitação do poder estatal.¹²

Diante desta perspectiva histórica, é possível aferir que a Constituição, como produto do constitucionalismo, também evolui. De uma carta limitadora foi transformando-se, tendo o fim do Absolutismo e início da Idade Moderna e, mais recentemente, o fim da Segunda Guerra Mundial como dois importantes marcos. Se em 1215 a finalidade era limitar o poder político, após a Segunda Guerra Mundial diversos países do Ocidente incorporaram em suas constituições textos que tratam da limitação do poder estatal, da organização e funcionamento da sociedade, mas que vão além, abordando e prevendo instrumentos e garantias individuais, bem como direitos sociais, econômicos, culturais e referentes ao meio-ambiente.

Logo, na medida em que o constitucionalismo consolidou-se como um movimento de defesa do ser humano em todos os seus aspectos e de liberdade, alcançamos constituições cada vez mais robustas, com um rol de direitos amplos, podendo, inclusive, estabelecer um paralelo entre a evolução do constitucionalismo moderno e a evolução da geração de direitos. Dos direitos civis, alcançou-se aos direitos sociais, econômicos e culturais – da segunda geração; os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor da fraternidade e

¹¹ Sobre o nascimento do constitucionalismo a partir das duas referidas revoluções: BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El valor de la constitución**.

¹² Ressalvados Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, todos os países hoje adotam um modelo constitucionalista de Estado. HORST, Dippel, **História do Constitucionalismo Moderno**: Novas Perspectivas, trad. de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 1.

solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação; e mais recentemente os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

O texto que surgiu tímido, com uma pretensão única, hoje serve como balizador da Democracia, organiza o presente e aponta os horizontes a serem perseguidos no futuro.

1.4.1 Inglaterra, França e Estados Unidos da América como fontes do constitucionalismo

O constitucionalismo possui como raiz três países que, a partir de suas formações, contextos históricos e necessidades a serem enfrentadas, desenvolveram o movimento constitucionalista com algumas características fundamentais que até os dias atuais influenciam o ocidente. Compreender as raízes de cada local significa identificar os propósitos e as vocações que os sistemas constituídos, que foram sendo atualizados, pretendem propor para as respectivas sociedades.

1.4.1.1 A soberania do parlamento inglês

A Inglaterra, em razão de questões culturais e influenciada por sua posição geográfica, traz uma relevante contribuição para a construção do constitucionalismo. O fato de estar localizada em separado da Europa Continental fez da Inglaterra um país de cultura pouco influenciada por outros povos. E tal elemento é relevante na construção de costumes, alguns dos quais passaram a valer com cogência de norma jurídica fundamental.

Foi na Inglaterra que, em 1225, imputaram ao Rei João Sem Terra limitações ao exercício do poder político. Na evolução da história britânica, sempre houve um elemento semelhante ao que o Ocidente considera como uma Constituição, a partir das experiências de França e Estados Unidos da América.

Embora seja unânime a existência de uma Constituição na Inglaterra, ou seja, um conjunto de normas que organizam a sociedade, limitam o poder e garantem direitos fundamentais, essas disposições todas não estão consolidadas em um único texto e nem passaram por um processo constituinte, acompanhado de um procedimento especial, que

culminasse naquilo que conhecemos formalmente como Constituição, como apresenta Dawn Oliver, citado por Dallari em sua obra¹³. Mesmo sem ter sido submetida a este crivo, é unânime entre os constitucionalistas a existência de uma Constituição na Inglaterra.

Grande contribuição forneceu Tocqueville, ao chegar à conclusão de que existe uma Constituição na Inglaterra, mas diferente das constituições conhecidas no Ocidente, tendo como referência a França e os Estados Unidos da América.

O fato de não existir um texto consolidado não impediu a Inglaterra de se levantar contra o regime absolutista. Em verdade, foram os valores de liberdade, respaldados por um sentimento constitucional, que motivaram o levante contra as monarquias absolutistas.

É possível compreender esta opção inglesa pela Constituição esparsa e com grande influência dos costumes quando se analisa a realidade dos países que optaram por uma Constituição escrita. Tais países passaram por várias influências culturais e necessitavam registrar um marco que diferenciasse o passado do presente e futuro.

Assim, muitos países que passam por experiências autoritárias ou que foram colônias, como foi o caso do Brasil, até 1822, necessitavam de um registro que deixasse no passado o período anterior. Dessa forma, nosso país optou por uma Constituição escrita, como foi a de 1824.

A Inglaterra não necessitou nesta mesma proporção estabelecer transição semelhante. Como fruto de sua histórica realidade, a Inglaterra consolidou o governo do Parlamento - como consequência da Revolução Gloriosa, o Parlamento consolidou-se em relação ao Rei; e a Câmara dos Comuns estabeleceu sua superioridade em relação à Câmara dos Lordes.

Em 1689, com o advento da *Bill of Rights*, a superioridade parlamentar foi positivada. Deste regime fortemente parlamentar para o Parlamentarismo, o qual assistimos hoje na Inglaterra, foi um pequeno ajuste empurrado pela história¹⁴:

No ano de 1694, faleceu Maria II Stuart, sendo sucedida pela Rainha Ana, que reinou até 1714, ano em que faleceu sem deixar descendentes. O Parlamento decidiu, então, entregar a Coroa da Inglaterra ao príncipe alemão Jorge, eleitor de Brunswic-Luneburg, que governava de Hanover os seus domínios. A escolha desse príncipe alemão foi inspirada no fato de que ele

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

era genro do rei deposto, Jaime I, que era católico ou “papista”, e por isso detestado por quase toda a nobreza. Uma peculiaridade importante é que Jorge de Hanover, que era protestante, foi declarado herdeiro legítimo do trono da Inglaterra, mas não falava inglês. Segundo relatam os historiadores, o Rei Jorge I comparecia às sessões do Parlamento com seus ministros, mas, pelo desconhecimento da língua, quem falava e discutia em seu nome eram os ministros, ganhando grande destaque um deles, Robert Walpole, que, com a intenção de fazer ironia, passaram a chamar de Primeiro-Ministro. Percebendo que, na prática, quem chefiava o governo era na realidade o Primeiro-Ministro, o Parlamento passou a exigir que só ocupasse aquele cargo quem tivesse a prévia autorização da Câmara dos Comuns e depois só continuasse no cargo enquanto gozasse de sua confiança. (DALLARI, 2013, p. 192)

1.4.1.2 O constitucionalismo liberal francês

O desenvolvimento do constitucionalismo francês possui um marco de extrema relevância: a Revolução Francesa, de 1789. Foi o acúmulo histórico e político vivido neste período histórico que possibilitou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a qual, pouco tempo depois, foi utilizada como preâmbulo da Constituição francesa de 1791.

Registre-se que, ao longo de toda a história francesa, a defesa dos direitos individuais, sobretudo no que se refere à liberdade, permeou todas as constituições que se seguiram aos fatos vividos na Revolução Francesa.

A França, diferente da Inglaterra, viveu um período de grandes conflitos internos, e experimentou um regime autoritário. Fruto disso, acumulou a necessidade de ter uma Constituição escrita, que cumprisse o papel de delinear as atribuições do Estado, separando a presença deste na esfera privada, limitando-o, portanto, à esfera pública.

A Constituição francesa de 1791 pode ser caracterizada como uma Constituição liberal, na medida em que visava a organizar o funcionamento do Estado e pretendia garantir os direitos individuais, compreendendo nestes a liberdade individual e a proteção do patrimônio.

Ainda que a Constituição francesa pregasse a defesa da liberdade e da igualdade, esta ficou muito distante da realidade que se seguiu após a elaboração do texto Constitucional. Inúmeras desigualdades continuaram sendo perpetradas.

O cenário para elaboração da Constituição francesa de 1791 era ainda de muitos conflitos, resquícios dos anos anteriores. Nesse sentido, fundamental era estabelecer os limites

do exercício político do governo, e delegar ao privado que se organizasse. Com essas prioridades, cabe mencionar os ensinamentos do professor Dalmo de Abreu Dallari:

Mas a Constituição, nesse modelo, não é a base do sistema jurídico nem é a norma jurídica superior, ficando adstrita à organização do setor público, sem qualquer interferência na esfera jurídica privada, governada por princípios e normas que lhe são próprios.¹⁵

Por estabelecer uma Constituição escrita, o modelo francês foi exemplo para muitos países no século XIX, de modo que se tornou uma referência de Constituição liberal.

Até o século XX, a França passou por uma complexidade normativa, uma vez que a Constituição não possuía a atribuição de norma hierarquicamente superior e ao longo do tempo foi alterada diversas vezes. A existência de outros códigos, como o Código de Napoleão (Código Civil), que manteve a estabilidade desde sua elaboração e possuía a mesma hierarquia no ordenamento jurídico francês, fez com que se criasse uma cultura civilista, com foco, portanto, no Direito Privado. A partir do século XX, esta estrutura se alterou, de modo que a Constituição passou a ocupar o lugar de norma fundamental e superior.

O constitucionalismo francês foi de grande relevância para a história, pois graças às experiências históricas vividas naquele país, voltou-se para os direitos individuais, dando grande destaque ao indivíduo. Esta valoração serviu de inspiração para vários movimentos políticos e rupturas de modelos ou ao menos questionamentos, como foram as Revoltas Regenciais que ocorreram no Brasil na primeira metade do século XIX (entre 1831 e 1840 – Revoltas: Cabanagem, Balaiada, Sabinada e Farroupilha).

1.4.1.3 O republicanismo dos Estados Unidos da América e o embrião do controle de constitucionalidade

Os Estados Unidos da América, a partir da união de diversos estados independentes, no ano de 1787, sagrou-se independente apresentando uma Constituição escrita, de hierarquia jurídica superior e exaltando alguns valores, entre os quais, além da independência, estavam a liberdade e a proteção ao patrimônio.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XX. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219

Esse desfecho e importante acontecimento histórico ocorreu após o movimento migratório de inúmeras pessoas da Europa para o continente americano. Em diversas tratativas entre os Estados, que até então eram soberanos em suas organização e atividade, foram consideradas as inúmeras divergências políticas presentes e a necessidade, após experiências remotas, de extirpar da nova sociedade que estava se formando o regime de governo Monárquico. Deu-se, então, a construção de uma nova relação entre Estado e sociedade, indivíduo e comunidade, economia e política, a qual considerasse a separação dos Poderes do Estado e a garantia dos direitos individuais.

Foram inúmeros os acontecimentos que culminaram na elaboração da Constituição dos Estados Unidos. Cabe registrar sua importância para o constitucionalismo, já que o texto consagrou o regime de governo republicano, em que, nas palavras do professor Dalmo de Abreu Dallari:

[...] um sentido fundamental, ligado à noção de sistema republicano, era a aspiração por um governo representativo, escolhido pelo povo, ficando excluída qualquer possibilidade de acesso a cargos, funções ou qualquer posição pública de influência com base num direito hereditário, excluindo-se também a concessão de títulos que pudessem significar a colocação de uma pessoa em situação privilegiada.¹⁶

O modelo republicano apresentado pelos Estados Unidos tinha lastro em algumas experiências pretéritas¹⁷ de civilizações que, fragmentadas em várias unidades territoriais, se relacionavam e se protegiam sem perder a autonomia e independência.

Esta característica das confederações, formadas por um colegiado de estados soberanos e independentes, cria uma unidade para delimitar objetivos em comuns e juntos alcançá-los.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247

¹⁷ Muitos autores consideram que o antecedente mais remoto de uma aliança ampla e duradoura de unidades políticas originariamente independentes foi a criação, em 1292, da Confederação Helvética, na região europeia dos Alpes, quando três cantões celebraram um pacto de aliança e amizade com o compromisso de apoiarem-se reciprocamente. Os integrantes da Confederação mantiveram integralmente sua independência, e não se criou um governo central. Essa aliança foi duradoura e se ampliou gradativamente, com a adesão de outros cantões. Mas os termos da aliança foram sendo alterados até que, em 1848, sob a influência de fatores internos e internacionais, ocorreu sua transformação em Estado federal. Nesse ano foi adotada uma Constituição federativa para a Suíça, com um governo central sediado em Berna. Na Constituição foi mantida a denominação “Confederação Suíça”, e isso foi mantido nas novas Constituições, de 1874 e 1999, mas os termos da aliança configuram um Estado federal” DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 252

Existiu no caso dos Estados Unidos da América a convivência de diversos estados soberanos, cada qual com suas características, as quais, entre outras razões, levaram à Guerra de Secessão (1861 a 1865). Assim, a partir de diversos acontecimentos e contribuições filosóficas, como a de Montesquieu para a separação das funções, construiu-se o entendimento de que o federalismo, ou aliança entre os estados, seria o melhor formato de agrupamento para a realidade em questão. Dentro desta união, a hereditariedade, presente nas monarquias europeias, não deveria prevalecer, implantando-se, portanto, um regime republicano.

O conceito de igualdade, tão utilizado na Constituição republicana dos Estados Unidos, deve ser analisado sob o olhar histórico e as características do século XVIII. Naquela oportunidade, igualdade e República tinham a finalidade precípua de garantir a independência do estado norte-americano e interromper favorecimentos políticos em virtude da hereditariedade.

Todavia, o sistema de escravidão e as discriminações por renda e raça persistiriam por anos, impedindo, inclusive, pessoas de participarem das tomadas de decisão de questões públicas envolvendo o estado independente dos Estados Unidos.

Dois registros históricos merecem destaque para melhor esclarecimento de tais constatações: 1) O sistema de voto até hoje praticado nos Estados Unidos da América é por colégio eleitoral; foi o método possível para garantir o consenso e a união dos estados, impedindo a participação direta da população – medo de muitos delegados presentes no momento da elaboração da Constituição de 1787 - e, ao mesmo tempo, restringindo a participação de parcela da sociedade nas tomadas de decisão, deixando para as monarquias europeias a prática de hereditariedade; 2) Ao longo das tratativas dos estados do norte e sul dos Estados Unidos da América para a unificação, os sulistas identificaram que boa parte de sua população eram de escravos e esses, portanto, não seriam contabilizados na proporcionalidade, para aferir maior representação política. Sendo assim, os estados do norte, que eram abolicionistas, certamente aprovariam legislação findando o regime de escravidão, o que prejudicaria os interesses econômicos dos cidadãos sulistas. Deste modo, para permitir a união de todos os estados em torno da Constituição, foi prevista a garantia de que seria criado um sistema bicameral, tendo, além de uma Câmara representativa em sintonia com o número populacional de determinado estado, outra Câmara com o mesmo número de representantes por estado (três), de modo que o número de habitantes em nada influenciaria. Foi criado então

o Senado - e com esta previsão adiou-se em ao menos oitenta anos o fim da escravidão, pois assim os sulistas conseguiram retardar tal conquista humana.

Com todos esses registros que aos olhos contemporâneos podem soar com estranhamento, a independência e a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América foram fundamentais para influenciar diversos países a trilharem o mesmo caminho. Tais fatos ocorreram acompanhados dos valores de liberdade e garantia aos direitos individuais, sobretudo na relação entre cidadão e Estado.

1.5 Os reflexos da Segunda Guerra Mundial para o constitucionalismo

As raízes do constitucionalismo nos levam estruturalmente ao século XVIII, precisamente a Estados Unidos da América, França e Inglaterra.

Ocorre que, assim como diversos acontecimentos históricos foram cruciais para caracterizar esse período do constitucionalismo com reflexos na construção das constituições, o século XX foi palco de grandes transformações sociais, econômicas e políticas, que influenciaram profundamente o desenrolar do constitucionalismo, impactando na elaboração das constituições e em como estas passaram a ser compreendidas e aplicadas na sociedade.

No século XVIII e até final do século XIX, a grande realização das constituições, e traço marcante deste período a partir de uma análise constitucional, foi impor um limite à prática do poder político. Já do final do século XIX para o século XX, a sociedade, sobretudo na Europa, foi se alterando rapidamente. Um elemento importante a ser mencionado desta transformação foi a Revolução Industrial, que provocou grande mudança demográfica na Inglaterra e nos demais países da Europa. Com a migração de pessoas do campo para a cidade, novos problemas sociais foram surgindo, tendo os governos que dar respostas a essa nova dinâmica social.

Ao final do século XIX, com o desenvolvimento das cidades, maior aglomeração de pessoas e alteração dos meios de produção, sob forte influência da Revolução Industrial, surge a necessidade do Estado ser menos vigilante e mais atuante na realidade das pessoas, para contribuir na resolução de problemas oriundos deste novo momento histórico e social.

As constituições do século XX passaram a ser as balizas para se identificar um Estado, sobretudo um Estado que se pretenda garantir os direitos fundamentais e da pessoa

humana. Após a Primeira Guerra Mundial, com a contribuição do doutrinador Hans Kelsen, passou-se a construir um sistema jurídico estruturado a partir da Norma Fundamental Hipotética. Desta formulação surgiram então as primeiras cortes constitucionais, como em 1920 na Tchecoslováquia e na Áustria. A Norma Fundamental Superior Hierárquica ganhou força de vinculação a todos os poderes estabelecidos na sociedade, cumprindo papel de determinar a legalidade ou não do exercício estatal em todas as suas esferas.

Os atos e fatos praticados no interior do Estado pelas autoridades públicas deveriam estar em consonância com o texto constitucional. Tal alteração de paradigma em relação ao funcionamento do Estado é de grande relevância. De um absolutismo desenfreado até então recente, passa-se à construção de uma sociedade com freios institucionais, e evoluindo no sentido de tornar públicos os atos e ações praticados pelo Estado, com foco na garantia da dignidade da pessoa humana.

Em meados do século XX, esta necessidade se torna ainda mais latente. Com os episódios de profunda tristeza vividos na Segunda Guerra Mundial, cria-se um consenso de que os conflitos armados só servem para atender finalidades políticas e que estas não mais deveriam prosperar. A paz e o diálogo ganham destaque como instrumentos capazes de resolver interesses divergentes. Nesse contexto, cria-se a Organização das Nações Unidas, em 1945.

Além disso, o constitucionalismo, sobretudo com a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, passará a sofrer grandes transformações. As constituições, para serem identificadas como autênticas, não mais puderam prescindir de uma abordagem detida sobre os direitos humanos.

Diante de todas as atrocidades vividas, os direitos humanos passaram a ser condição *sine qua non* para se identificar um regime jurídico garantidor dos direitos fundamentais e do respeito ao ser humano. Logo, tudo o que se referisse às características do ser humano deveria ser protegido e potencializado e o meio para garanti-lo seria a Constituição, instrumento que prevê os direitos e aponta os caminhos para alcançá-los.

Os episódios vividos, sobretudo na Itália e Alemanha, significaram para a humanidade o aprendizado de que um país deve criar um sistema de justiça capaz de inibir e frear aventuras autoritárias e desumanas. Sendo assim, a Constituição, que no início era predominantemente identificada com aspectos formais e diretrizes genéricas, passou a ter uma relevância material. A preocupação se deslocou da formalidade para a materialidade. Logo, era importante que o

texto magno estabelecesse direitos fundamentais, os discriminasse e tivesse instrumentos para que o seu cumprimento ocorresse.

Se antes o texto constitucional era distante da realidade, após meados do século XX ele passa a ter presença, sendo uma importante ferramenta para contribuir e dar respostas às novas demandas sociais. Busca-se, portanto, relações sociais mais justas, tendo como fio condutor a dignidade da pessoa humana. O texto constitucional passou a ser analisado no aspecto da eficácia, identificando a sua relevância numa sociedade que acabara de viver um período horrível da história.

Para além da Europa, após a Segunda Guerra Mundial houve também um movimento para que se acabasse com as colonizações ainda existentes, sobretudo no continente africano.

Os aprendizados com a Segunda Grande Guerra foram enormes. O evento modificou a sociedade e, conseqüentemente, a estrutura jurídica que a amparava. Consolida-se, portanto, uma nova compreensão sobre o papel da Constituição, como bem exposto pelo jurista José Joaquim Gomes Canotilho:

A Constituição não se limita a simples contornos negativos – como pretende a teoria dos limites – dos poderes estatais, nem a impor ao legislador a prossecução do ‘interesse público’, do ‘bem comum’, do ‘aumento da qualidade de vida’, com base em diretivas tão vagas como a ideia de ‘justiça’, de ‘solidariedade’ ou de ‘direito’. Ela define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estatais.¹⁸

Nesse esteio, surge o termo garantismo, o que segundo Andrés Gil Dominguez representa “o conjunto de garantias políticas e jurisdicionais que têm por objeto tornar vigente o modelo de Estado Constitucional de Direito”¹⁹. Os princípios, antes tidos como meras recomendações e com grandes abstrações, passam a ter força de norma jurídica. E o garantismo é a prática que os privilegia e os aplica no plano concreto. Assim, explica o Professor Dalmo de Abreu Dallari:

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed. , 1982, p. 249

¹⁹ DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 20

Uma consequência, extremamente importante do ponto de vista da prática da Constituição e da eficácia jurídica e social de seus preceitos, é que tudo o que consta da Constituição em termos da fixação de obrigações é vinculante para os destinatários, tanto no sentido da obrigação de respeitar a Constituição, jamais fazendo qualquer coisa que contrarie algum de seus dispositivos, quanto no sentido da obrigação de fazer²⁰.

Portanto, afere-se que o século XX foi marca divisória do constitucionalismo, uma vez que alterou profundamente a compreensão e o papel do texto constitucional na realidade. Fez da Constituição um instrumento essencial para previsão e cumprimento de garantias fundamentais, que fossem capazes de incidir na realidade do cidadão e alterá-la.

Se o surgimento do constitucionalismo serviu como um traço negativo, no sentido de por freios ao exercício do poder, no século XX a Constituição passa a cumprir um papel ativo, de impor direitos e necessidades que privilegiassem e protegessem a pessoa humana. De programa abstrato, torna-se norma jurídica. Regras e princípios passam a ser utilizados para contribuir na solução de conflitos e necessidades sociais.

Foi nesta fase, no século XX, que o controle de constitucionalidade se tornou preocupação de outros países para além da Europa. Cada país estabeleceu sua forma de organização para melhor proteger seu texto constitucional.

Nos Estados Unidos da América, o controle de constitucionalidade historicamente foi praticado pela cúpula do Poder Judiciário. Já na Alemanha, em 1946, no contexto pós-nazismo, optou-se por criar uma corte constitucional, com finalidade única de proteger a Constituição. Instrumentos e estruturas para se proteger o texto constitucional foram o foco de inúmeros doutrinadores, tendo como horizonte impedir a repetição do retrocesso autoritário vivido.

Como será demonstrado adiante, a estrutura para proteção da Constituição federal não serviu apenas para barrar incursões de natureza política, externas ao Poder Judiciário, como acontecia ao longo dos séculos em que a finalidade era proteger o texto constitucional de voos autoritários de agentes políticos. Era necessário formalizar uma estrutura que protegesse a Constituição do próprio Poder Judiciário, para que esse, na ânsia de resolver problemas sociais, não invasse ou fosse além do Direito a ponto de incorrer em exceção.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XX. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312

1.5.1 O constitucionalismo como barreira ao retrocesso autoritário

Por séculos, o constitucionalismo se desenvolveu influenciado por elementos sociais, políticos, históricos e econômicos. Nota-se que ao longo de sua trajetória, como fenômeno político com reflexos jurídicos, sobretudo na síntese da Constituição, a sua vocação essencial foi barrar práticas estatais autoritárias e, mais recentemente, a partir do século XX, com um grande hiato no período das guerras, consagrar e avançar para a garantia e concretização de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais.

A Constituição, que no século XVIII era um instrumento, sobretudo, para frear o absolutismo e estabelecer uma forma de governo liberal-burguês, contemporaneamente, revela-se um instrumento que busca acudir aqueles desprovidos de qualquer direito que um humano deveria ter. Cabe ressaltar que a Constituição, desde o seu embrião, a Carta Magna de 1215, e ao longo da sua evolução, teve como um de seus objetivos frear o poder político.

Após a 2ª Guerra Mundial, inicia-se um período para o Direito denominado por Mario Losano como “direito pós-bélico”, uma vez que, a partir dos fatos vividos, foi formada uma nova ordem social, política e jurídica. O pós-guerra foi um momento de redefinição para as cartas constitucionais, dando normatividade aos direitos fundamentais e à construção de uma jurisdição constitucional capaz de ser contramajoritária.

Estabelece, segundo Rainer Wahl, a construção de uma nova dimensão para o direito público, sobretudo por três fatores:

[...] (i) consolidação do princípio da proporcionalidade como parâmetro normativo para atuação do Poder Público; (ii) intensificação da normatividade dos direitos fundamentais tanto no aspecto interpretativo quanto aplicativo; (iii) principalmente ao triunfo da jurisdição constitucional e de sua atividade interpretativa que assegurou a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, consolidando um limite normativo, até então desconhecido pelo Poder Público.²¹

Nota-se, portanto, que, embora temas de relevância constitucional sejam anteriores ao século XX, é nesta quadra da histórica que se alcança o entendimento da necessidade de se ter um espaço legítimo com a finalidade de tratar de temas constitucionais. Logo, a formatação

²¹ WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán**, Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 34.

do Tribunal Constitucional como espaço para a defesa dos direitos fundamentais e do controle de atos do poder público é resultado da construção teórica de Hans Kelsen - para quem o Direito carecia de uma estrutura racional e organizada - e, precipuamente, da conjuntura histórica pós-guerra e dos ensinamentos produzidos.

Assim, o entendimento de que nem todo conteúdo seja Direito, ainda que tenha percorrido o rito processual previsto, ensejou a construção do controle de constitucionalidade difuso, e permitiu o início do controle de constitucionalidade abstrato²².

O controle, num primeiro momento, limitava-se a verificar vícios de natureza formal, checando se o processo legislativo havia sido cumprido de modo adequado. Em um segundo momento, passa-se a verificar o conteúdo daquilo que está se produzindo e querendo chamar de Direito, tendo como parâmetro os direitos fundamentais. Assim, num Estado constitucional, não basta que a lei tenha percorrido o processo legislativo de modo satisfatório. Ela deve estar em sintonia com a materialidade constitucional, respeitando, portanto, os direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Após a 2ª Guerra Mundial, houve a construção de uma estrutura organizacional capaz de proteger a ordem constitucional. Mas não foi a primeira vez que essa iniciativa surgiu na história. A proteção da ordem constitucional revela-se também uma preocupação de tempos em que não existia Constituição, com a prática do jusnaturalismo, que defendia a preservação dos direitos naturais, de modo que a ordem então existente devesse respeitar tais direitos.

A justiça constitucional nasce da cultura do constitucionalismo, respeitando as tradições de cada local, alavancada por um conjunto de valores sociais capitaneados pela liberdade, numa organização democrática em que a Constituição cumpre o papel precípua de limitar o poder público.

Portanto, o nascimento das normas constitucionais e dos valores que representam surge como resultado da luta e organização dos seres humanos face ao poder político ao longo da história. Os limites impostos pela Constituição e os mecanismos de verificação constitucional e coibição a conteúdos que fogem ao bom direito servem para garantir a ordem e os valores democráticos. A consolidação da justiça constitucional caminha condicionada à consolidação dos valores democráticos.

²² ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 104

A expansão da justiça constitucional, a partir dos dois sistemas tradicionais, americano e europeu-kelseniano, fez surgir outros sistemas com características misturadas de ambos.

O controle de constitucionalidade manifestou preocupação em verificar a substância do direito em abstrato, após a promulgação de determinado ato legal, e diante da aplicação concreta e verificação de conflito. A formulação do Tribunal Constitucional Europeu, a partir da influência de Kelsen, se preocupou com tal verificação constitucional em abstrato para afastar o subjetivismo radical e restabelecer a ideia de objetividade e racionalidade, características da comunidade jurídica da Alemanha de Weimar²³.

O objetivo naquele momento era evitar o governo dos juízes, e privá-los de controlar a função típica do legislativo, que é editar normas. Permitir que juízes e tribunais fizessem o controle de constitucionalidade poderia ensejar disparidade nas decisões de natureza constitucional.

Enquanto isso, o sistema americano avançava em conceder maior poder ao Judiciário, que despertava confiança na população, diferente do Legislativo, que provocava desconfiança.

Já os europeus construíram uma dinâmica contrária, em que o Legislativo era recepcionado pela sociedade com confiança em detrimento da desconfiança no Judiciário. O surgimento dos tribunais constitucionais, com nova designação de funções, e a construção de regimes democráticos foram ensejados na Europa a partir da superação dos regimes autoritários do século XX. Sendo assim, a jurisdição constitucional passou a funcionar como pressuposto do Estado de Direito, da supremacia da Constituição, da proteção dos direitos fundamentais, dentre outras finalidades, conforme elencamos anteriormente.

O termo Estado de Direito carrega consigo um conjunto de regras e valores e a representação de um dado momento histórico²⁴:

O Estado de Direito formal, anterior ao Estado de Direito contemporâneo, limita-se ao reconhecimento da divisão de poderes, da independência dos tribunais, da legalidade da administração, da tutela judicial contra atos do Poder Público e da indenização da administração, da tutela judicial contra

²³ SEGADO, Francisco Fernandez. **La justicia constitucional ante el siglo XXI**: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: _____(ed.). *The Spanish constitution in the european constitutional context: La constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 858

²⁴ LÖSING, Norbert. **La Jurisdicción Constitucional como contribución al Estado de Derecho**. In: Segado, Francisco Fernández (ed.). *The Spanish constitution in the european constitutional context: La constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003.p. 1004.

atos do Poder Público e da indenização pública, os quais, sob a perspectiva formalista, são erigidos à condição de elementos indispensáveis à ordem jurídica. Por outro lado, o Direito de Estado não necessariamente serve à contenção efetiva do poder, e pode se transformar num sistema em que a lei é utilizada enquanto mero instrumento de dominação.

Atualmente, o próprio conceito de Estado de Direito formal foi superado, para dar lugar ao Estado de Direito material, o qual agrega aos elementos indispensáveis retro listados os fatores morais e éticos. O Estado de Direito material é caracterizado pela submissão da lei a um ordenamento de valores superior representado pela Constituição, a qual prevê, também, direitos fundamentais. Apenas o Estado de Direito material, de fato, justifica a inversão do termo ‘Direito de Estado’ para ‘Estado de Direito’, momento em que o indivíduo perde a qualidade de súdito e adquire o *status* de cidadão. Do exposto, conclui-se que o desenvolvimento do Estado de Direito caminha *pari passu* com a evolução dos direitos fundamentais, ambos notadamente voltados à limitação do Poder em benefício do cidadão.

O Tribunal Constitucional exerce grande influência no Estado de Direito, pois é nele que a evolução ou involução do Direito Constitucional se concretizará. Uma característica singular da jurisdição constitucional é o impacto de suas decisões em esfera política, diferente do que acontece com outras matérias que não possuem reflexo nesse campo.

Na Inglaterra, foram os juízes e não os príncipes e legisladores que construíram a *common law* e, portanto, o fortalecimento do direito anglo-saxão. Na França, por sua vez, o legislador recebeu autonomia absoluta para legislar, prerrogativa não concedida na Inglaterra, o que evitou o risco de um legislativo ilimitado e soberano.

Conforme exposto por Bruce Ackerman²⁵, “o primeiro grande tema do constitucionalismo moderno é a democracia; o segundo é sua limitação”. A jurisdição constitucional, portanto, será a última possibilidade de correção dos atos do Poder Executivo, uma possibilidade de correção de eventuais desvios do Poder Legislativo e o instrumento capaz de proteger as minorias por meio dos direitos e garantias fundamentais. Em última conclusão, é a jurisdição constitucional que protegerá a Constituição federal.

As ações constitucionais são, acima de tudo, instrumentos de defesa dos direitos fundamentais. A partir da análise de Maurizio Fioravanti²⁶ é possível estabelecer uma análise histórica da construção dos direitos fundamentais a partir do direito anglo-saxão. No modelo

²⁵ ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, n.II. p. 75

²⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las Constituciones. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 32-33

inglês, é a jurisprudência que consolida a construção de unidade e coesão da histórica constitucional.

Neste modelo, tal organização se forma a partir de decisões judiciais, as quais servem como baliza para a unidade do ordenamento jurídico. Portanto, é o Poder Judiciário que constrói o direito inglês. Logo, as tutelas de liberdade construídas ao longo da história inglesa são consequência da atuação do Judiciário.

Diferentemente da França, a Inglaterra nunca destinou ao Parlamento o poder absoluto de construção dos direitos e valores da sociedade. Assim, a jurisprudência no direito inglês confere limitação ao Legislativo. A atuação da Carta Magna de 1215 esteve limitada ao rol de direitos fundamentais construídos historicamente pela jurisprudência.

A partir da Revolução Gloriosa, em 1688, criou-se um limite intransponível, mesmo ao poder público, a partir dos direitos fundamentais. Esse limite representava a *common law*, direito constituído que nenhum agente do Estado poderia superar. No modelo inglês, a partir da historicidade constitucional, “as liberdades civis (negativas, patrimoniais e civis) ocupam posição extremamente privilegiada, inclusive em relação às liberdades políticas”²⁷.

Com a tradição inglesa de *common law*, diferente do modelo da *civil law*, fica difícil identificar a amplitude da autonomia do poder constituinte originário, uma vez que, ainda que se tenha um marco histórico das constituições, estas consideram a história anterior e as jurisprudências consolidadas.

Ter uma Constituição e uma estrutura de sistema de justiça que se preocupe com as práticas do próprio Poder Judiciário certamente representa um dos grandes desafios dos tempos atuais. Para o jurista Dalmo de Abreu Dallari:

Por tudo isso, o conhecimento do constitucionalismo, de seus fundamentos e de sua extraordinária importância para a conquista e manutenção da paz, se faz a partir da história, da identificação dos fatores de influência adicionados em cada época e da contribuição das teorias políticas e jurídicas que, nas últimas décadas, conceituam a Constituição como norma jurídica superior de cada povo, concebendo os valores como direitos fundamentais e definindo os instrumentos de garantia e persecução dos direitos, para que esses sejam

²⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 442.

efetivados e para que os conflitos que os envolvam sejam solucionados por vias pacíficas, ao alcance de todos, sem qualquer exclusão ou exceção.²⁸

Assegurar a função contramajoritária é proteger os direitos fundamentais. Em verdade, o alicerce dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles relacionados à dignidade humana e à proteção das minorias, está na função contramajoritária das constituições democráticas, sendo, portanto, no caso do Brasil, o STF responsável por zelar e proteger esse alicerce.

Nesse sentido, diante de uma sociedade complexa: “Importante destacar que, em uma democracia pluralista, o Tribunal Constitucional não possui tão somente a função de assegurar a preservação normativa do texto constitucional. Junto a essa função, ele deve, necessariamente, agregar a proteção da minoria perante o legislador e a vontade da maioria”²⁹.

A função contramajoritária exerce também um papel de controle de constitucionalidade em abstrato. Experiências do século XX demonstram que muitos conteúdos, submetidos aos processos legislativos tidos então como direito, foram analisados após a superação do período histórico como sendo contrários aos valores sociais fundamentais.

O extenso rol de direitos previstos na Constituição federal do Brasil de 1988 aponta para a necessidade de se encarar as mazelas sociais e superá-las. É esta a sua vocação.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XX**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.

²⁹ MONTILLA MARTOS, José Antonio. **Minoria Política & Tribunal Constitucional**, cit., n. 3.6, p. 123-124.

SEGUNDA PARTE

2. *Do judicial review*

O registro reconhecido por ampla doutrina do controle de constitucionalidade data de 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, ocorrido nos Estados Unidos da América. Há episódios anteriores que fomentaram tal consolidação.

Embora o início seja do século XIX, foi no século XX que vários países, sobretudo na Europa, passaram a estabelecer e constituir mecanismos para se controlar e proteger a Constituição.

Uma problemática constante no controle de constitucionalidade é delinear quem, dentro da estrutura estatal, a partir da tripartição de funções, teria legitimidade para aferir avaliação sobre o conteúdo da norma questionada. Além disso, tem-se o agravante que considera o momento em que a análise sobre o conteúdo legislativo deveria ocorrer.

Na Europa, em especial na Inglaterra, coube ao Parlamento maior autonomia para elaboração e definição sobre como conduzir o país a partir das normas elaboradas, dentro do contexto da *common law*. Nos Estados Unidos da América, desde a formação de sua Constituição, foi delegado à Suprema Corte que garantisse o cumprimento da Constituição, retirando, portanto, a prerrogativa de deliberar sobre a constitucionalidade das normas da alçada de um poder eleito.

No início do século XX, influenciados pela doutrina de Hans Kelsen, alguns países europeus criaram cortes constitucionais, como foi o caso de Tchecoslováquia e Áustria em 1920. Depois, a partir do acúmulo histórico e das necessidades políticas identificadas, a Alemanha criou o Tribunal Constitucional Alemão, em 1951, com a função de assegurar o cumprimento da Constituição por todas as instituições do Estado.

No Brasil, influenciados pela formação estadunidense, foi delegado ao Supremo Tribunal Federal realizar o controle de constitucionalidade, insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, o qual estabelece:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada *em face de lei federal*. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, *na forma da lei*. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços *de seus membros*. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (*Constituição Federal de 1988, artigo 102*)

Logo, à Suprema Corte brasileira compete julgar os assuntos referentes ao controle de constitucionalidade, bem como demais temas e ações.

Para melhor compreensão, fundamental se faz uma análise dos processos legislativos e da construção detida do *judicial review* para que seja possível, em seguida, uma análise da estrutura e funcionamento da Corte brasileira.

2.1 Construção do *judicial review*³⁰

Tão logo o constitucionalismo propiciou a formação de Constituições que colocassem um freio ao exercício do poder político, também possibilitou a compreensão de que alguns direitos naturais do ser humano, reconhecidos como direitos fundamentais, não poderiam jamais ser violados.

Desta forma, além de construir uma Constituição que assegurasse os direitos fundamentais do ser humano, era necessário prever e implantar instrumentos que a protegessem de eventuais agressões, ainda que estas viessem agasalhadas com ares de legalidade. Assim, existem dois casos emblemáticos que significam marcos importantes para o controle de constitucionalidade.

2.1.1 O Colégio de Médicos e a proteção do direito fundamental

O Colégio de Médicos, no século XVI, era responsável por conceder autorização para que tais profissionais exercessem a profissão na Inglaterra. Todavia, tal Colégio não possuía nenhum vínculo com qualquer universidade. Além de pretender o monopólio sobre o exercício da profissão médica, o Colégio passou a perseguir e prender médicos que não reconheciam a legitimidade da instituição.

Em 1540, previsto pela lei *Act of Parliament*, o Colégio de Médicos recebeu carta branca para conceder a autorização para o exercício da medicina. Aqueles que praticassem a medicina sem autorização ou de forma errônea incorreriam em multa e prisão. Antes de ocorrer o caso envolvendo Dr. Thomas Bonham, do qual falaremos adiante, Roger Jenkins se recusou a submeter-se ao colégio e teve sua prisão decretada.

Diante deste episódio, Jenkins impetrou *habeas corpus*, o qual foi negado pelo Tribunal, sob a justificativa de que o Colégio de Médicos possuía legitimidade para aplicar tal medida e ao Tribunal caberia somente a análise dos requisitos formais da decisão.

Diante deste precedente, em 1606, Thomas Bonham, após ter estudado medicina em Cambridge, solicitou o direito de administrar medicamentos. O então Colégio de Médicos

³⁰ *Judicial review* é identificado aqui como controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo Poder Judiciário

negou o pedido e Bonham resolveu exercer a atividade sem autorização. Ao exercer a atividade médica sem autorização, recebeu diversas multas aplicadas pelo Colégio e, após questioná-las, acabou sendo preso por desacato.

O caso foi parar no Tribunal. Embora o Colégio estivesse amparado por previsão legal para justificar os atos praticados, Thomas Bonham alegava que o espírito da lei era impedir a prática irregular da medicina, por pessoas que não fossem formadas em Medicina, o que não era seu caso.

Após um ano dos fatos, o caso foi apreciado pelo Tribunal e por Edward Coke, o qual estabeleceu, segundo relata Nicola Matteucci:

Na referida decisão, Coke destacou que a *common Law* regula e controla os atos do Parlamento, e, em certas ocasiões, julga-os todos nulos e sem eficácia, uma vez que, quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comum, a *common Law* o controlará e o julgará nulo e sem eficácia. Coke destaca a existência de um direito superior à lei do Parlamento e que estaria contido na própria historicidade, dado que uma lei tem validade formal quando deriva do Parlamento. Contudo, esta somente adquire validade substancial quando é racional, e o controle de seu conteúdo corresponde aos juízes da *common Law*.³¹

O Tribunal considerou que as duas possibilidades de sanções facultadas ao Colégio davam-se para imputações distintas. Para a sanção de exercício sem licença, a pena adequada seria a multa. Já para a prática errônea da Medicina, a sanção seria a prisão.

Conhecido como caso Bonham, o episódio ganhou notoriedade por ser reconhecido como resultante da consolidação do *judicial review*, a qual foi exposta no caso *Marbury vs. Madison*. O caso também apresentou os preceitos para estruturar o conceito jurídico de razoabilidade.

Desta forma, o caso Bonham separou as sanções previstas. Indo além, utilizou-se da *common law* para se manifestar, alegando que, embora existisse uma lei prevendo as atribuições do Colégio, tais previsões não poderiam atentar contra direitos fundamentais. Ainda que houvesse norma legal submetida ao procedimento previsto, esta não deveria agredir os direitos fundamentais decorrentes da existência humana. Desta forma, estaria o

³¹ MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia Del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010. _____. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 91.

Poder Judiciário autorizado a barrar qualquer violação praticada pelos outros poderes que atacassem direitos decorrentes da historicidade (*common law*).

2.1.2 Marbury vs Madison: prevalência da historicidade

Outro importante e marcante caso, notoriamente conhecido como Marbury *vs.* Madison, está inserido no fim da revolução que culminou na independência dos Estados Unidos da América e instituiu a Federação. Além disso, o caso se deu após uma intensa disputa entre democrata-republicanos e os federalistas, sagrando-se vencedor Thomas Jefferson, do lado democrata-republicano, que derrotou John Adams, do Partido Federalista.

Antes de Thomas Jefferson assumir o cargo, o então presidente John Adams, em fim de mandato, promoveu inúmeras mudanças no Poder Judiciário, com a finalidade de beneficiar e potencializar a atuação dos federalistas - a manobra ficou registrada como *Midnight Judges Act*.

John Marshall, então Secretário de Justiça de Adams, foi nomeado Ministro da Suprema Corte e não teve tempo de emitir a certidão para Marbury, também indicado por Adams, mas para o cargo de Juiz de Paz no distrito de Columbia. Marbury então adentrou o governo Thomas Jefferson sem a garantia de sua nomeação, em situação absolutamente precária. Neste cenário, o novo secretário de Justiça, nomeado por Thomas Jefferson, James Madison, recusava-se a emitir o diploma que estabeleceria Marbury como juiz.

Marbury então acionou a Suprema Corte. Em paralelo, no parlamento, os republicanos com maioria se articularam para alterar o *Midnight Judges Act*. Em 1802, foi aprovado o ato que altera o *Midnight Judges Act*, reorganizando a composição dos distritos e retirando vantagens antes garantidas ao Partido Federalista.

Após um ano, em 1803, até então sem resolução, o Presidente da Suprema Corte John Marshall³² foi instado a se manifestar sobre o caso Marbury *vs.* Madison.

³² Para decidir sobre o caso “Marshall cravou o argumento que viria a transformar o direito constitucional e a própria teoria do direito: afirmou que a garantia de que a Constituição era revestida de supremacia, se apresentando como uma espécie de “lei das leis”, como a *Paramount Law*, implicava na conclusão lógica de que o poder judiciário teria o poder de fiscalizar os atos do congresso que fossem editados em contrariedade aos ditames constitucionais. A saída de Marshall para a decisão do caso Marbury *vs.* Madison foi pela via de uma questão preliminar, não do mérito. Ele reconheceu o acerto do *writ of mandamus* impetrado por Marbury. Entendeu que tal ação era

Para decidir, Marshall organizou a decisão a partir de algumas questões que julgava pertinentes para elucidar o caso. Assim, questionou se Marbury adquiriu ou não o direito de ser Juiz de Paz do distrito de Columbia a partir da indicação presidencial e anuência do Senado. Perguntou-se, caso Marbury tivesse direito ao cargo, se o arcabouço jurídico previa a ele algum instrumento jurídico capaz de garantir tal direito; considerou se o *writ of mandamus* era adequado para tal pleito; e, por fim, se a Suprema Corte era o colegiado competente para julgar o caso Marbury.

Marshall, então, para responder tais questões, estabeleceu um raciocínio a partir do procedimento administrativo de uma indicação presidencial para o exercício de cargos no Poder Judiciário. Após a indicação presidencial e confirmação do Senado, ao Presidente da República restaria assinar e chancelar a indicação do juiz para tal cargo, cabendo, portanto, ao Secretário de Estado (Madison) apenas entregar o diploma ao interessado. Neste sentido, a Marbury caberia razão, uma vez que apenas a negativa de Madison em entregar o diploma não seria suficiente para desfazer o direito constituído. Diante disso, seria preciso um instrumento legal para questionar tal situação. E afirmou que, se tal situação não pudesse ser socorrida por nenhum instrumento jurídico, não faria sentido os Estados Unidos da América serem um Estado sob a égide da lei.

O próximo passo a ser enfrentado por Marshall tratava do cabimento do *writ of mandamus* no caso em análise, ou seja, elucidar se ao Poder Judiciário caberia impor determinados atos ao Poder Executivo. Tal tema era de extrema sensibilidade, uma vez que o recém-eleito presidente Thomas Jefferson e seus correligionários estavam resistentes com a hipótese de serem comandados por juízes indicados pelos Federalistas. Os Republicanos consideravam que, tendo obtido seus mandatos democraticamente, estariam autorizados a governar e interpretar a Constituição a partir de suas convicções.

Marshall, socorrendo-se da *common law*, arguiu que as Cortes receberam, em outros casos, *writs of mandamus* que exigiam de um oficial público a prática de determinado ato. Sabendo das suscetibilidades políticas que envolviam o caso, afirmou que alguns oficiais, pela

adequada para a tutela do direito em discussão. Porém, afirmou que a Suprema Corte não poderia julgar o mérito daquela ação em face de uma inconstitucionalidade que viciava, desde a origem, o *Judiciary Act* de 1789. No caso, este ato do Congresso conferia uma competência originária para a Suprema Corte que estava fora das atribuições que lhe foram asseguradas pela Constituição. Nesse sentido, se ao Congresso fosse autorizado modificar a Constituição do mesmo modo que se altera uma lei ordinária, a sua supremacia seria, então, uma grande ficção. A Constituição seria, assim, uma vã tentativa dos homens de limitar um poder que, ao final, sempre se mostra como ilimitado”. ABOUD, Georges; Oliveira, Rafael Tomaz de. **A gênese do controle difuso de constitucionalidade**, RePro, 229, 2014, p. 433 e ss.

próxima relação com o Presidente da República, deveriam levar o caso para apreciação do Poder Judiciário, para que esse avaliasse os atos praticados.

Assim, Marshall passou a separar os atos do Poder Executivo abarcados de grande margem de discricionariedade daqueles regulados estritamente por lei, em que o oficial, regido por determinação legal, deveria cumpri-la sem qualquer margem de liberalidade. A decisão estabeleceu, então, que, em se tratando de atos discricionários, não deveria o Poder Judiciário se manifestar; já em casos determinados por ato legal, o Poder Judiciário estaria habilitado a realizar o controle, garantindo, portanto, o cumprimento legal.

A partir destas considerações, Marshall encara a pergunta que questionava se o *writ of mandamus* deveria ter sido proposto para apreciação da Suprema Corte ou se Marbury deveria tê-lo proposto em outra instância do Poder Judiciário.

Ao propor a ação, Marbury utilizou-se do *Judiciary Act*, de 1789, o qual estabelece que a Suprema Corte era órgão competente para julgar casos em que atos praticados por oficiais contrariassem usos e costumes consolidados nos Estados Unidos da América. Logo, Marbury estava correto na escolha de tal instrumento jurídico. Entretanto, ao apreciar o caso, Marshall declarou tal disposição do *Judiciary Act* inconstitucional, inaugurando, assim, o controle de constitucionalidade de uma lei federal.

Na decisão, Marshall começou analisando o artigo III da Constituição estadunidense³³, que trata da estrutura do Poder Judiciário federal e das competências para julgamento da Suprema Corte. Nesse sentido, argumenta Marshall que a Constituição apresenta determinação restritiva quando trata da competência originária da Suprema Corte, a qual não poderia ser ampliada por lei infraconstitucional.

Assim, a Suprema Corte, neste caso, deveria agir em caráter recursal, não tendo, portanto, competência para analisar tal *writ*. Logo, ao ajuizar ação direto na Suprema Corte, Marbury estaria se utilizando do *Judiciary Act* de 1789, supondo que a Corte interpretaria tal pleito para além das previsões abarcadas pelo texto legal. Desta forma, tendo o Poder Judiciário recebido por delegação do povo norte-americano a competência para cumprir os atos legais, não poderia ir além das previsões.

Para embasar seu raciocínio, Marshall usou da *common law* e da necessidade do Judiciário de afastar atos decorrentes de leis que pudessem contrariar a Constituição, expondo, para tanto, a supremacia da Constituição e a rigidez da norma constitucional.

³³ <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/constEUA.pdf>

Argumenta Marshall que caberia ao Poder Judiciário ser o mediador entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, além de controlar os atos praticados pelo Legislativo que por ventura viessem a contrariar o texto constitucional.

No contexto da análise e decisão de Marshall, estava a alta popularidade do governo republicano; logo, dar razão ao pleito de Marbury significaria opor-se a esta popularidade adquirida pelo governo. Ao reconhecer o direito de Marbury, mas não conceder-lhe a vaga de juiz, Marshall, além de pronunciar uma grande e importante decisão de relevância jurídica, expôs grande habilidade política.

Assim, assentou-se o entendimento de que o Poder Judiciário poderia rever atos praticados pelo Congresso, inaugurando, portanto, o *judicial review* (controle difuso). Na medida em que os direitos fundamentais são assegurados ao cidadão, a ele devem ser garantidos todos os meios para acesso a tais direitos. Portanto, se algum ato estatal visa a agredir os direitos fundamentais, o *judicial review* é uma importante ferramenta para barrar tal agressão.

O *judicial review*, portanto, possibilita a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, além de restringir o acesso da justiça a situações sensíveis, nas quais pode-se pretender arranhar o arcabouço constitucional com verniz de legalidade.

2.2 O *judicial review* como proteção aos direitos fundamentais

A Constituição federal brasileira prevê um rol de direitos e garantias fundamentais. Deste modo, é necessária a existência de instrumentos capazes de proteger tais direitos, assegurando ao cidadão que nenhuma disposição constitucional possa ser violada.

O *judicial review* como direito fundamental garante hierarquia constitucional suficiente para que um importante instrumento de preservação da ordem jurídica não esteja à disposição de interesses escusos.

Voltando para o caso em análise, segundo Georges Abboud:

Ademais, a defesa do controle difuso de constitucionalidade, enquanto garantia fundamental do cidadão, justifica-se, principalmente, porque é a *judicial review* que permite a observância das particularidades de cada caso concreto, ou seja, sem o controle difuso de constitucionalidade, o acesso à

justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1998) não seria concretizado em sua plenitude.³⁴

E continua:

Portanto, o historicismo acima destacado permite depreender a importância que a preservação dos direitos fundamentais e o controle do poder possuem para a construção do constitucionalismo. Assim, os direitos fundamentais são atualmente os elementos fundantes e legitimadores do Estado Democrático de Direito. O Judiciário possui papel fundamental para a defesa dos direitos fundamentais, isso porque, conforme ressalta Coke, é a função do Judiciário garantir a supremacia dos direitos fundamentais perante a ingerência do Poder Público (real ou parlamentar) e também averiguar e controlar a adequabilidade dos atos do Poder Público ao historicismo. Ou seja, o Judiciário teria a função de examinar se atos do poder público, ainda que formalmente válidos, não estão em dissonância em relação aos da tradição histórica de determinada sociedade que, em sua formação, assegurou historicamente e progressivamente direitos fundamentais, cuja grande parte está atualmente positivada no texto constitucional.³⁵

Para a configuração de supremacia da Carta Magna e consolidação de seu *status* de superioridade frente o sistema jurídico, Edward Coke foi imprescindível. Neste sentido, afirma Mauro Cappelletti:

Mas quem devia controlar e afirmar tal ‘*repugnancy or unreasonableness*’; quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram função dos juízes!³⁶

No sistema inglês, ainda que norteado pela *common law*, foi Coke quem identificou que a Constituição possui uma estrutura superior que deve ser respeitada, não estando nenhum soberano acima dela. Desta análise, conclui-se que temos a supremacia do Parlamento, mas

³⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 525

³⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 526

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2. Ed., 1984, p. 59

não a sua soberania. Com esta formulação, Coke garantiu a limitação ao poder do Rei e restringiu a soberania do Parlamento, estando esta adstrita ao Texto Magno.

Para a implantação e respeito aos direitos fundamentais, Coke demonstra a importância da atuação do Poder Judiciário, de modo que, a este, caberia o papel de defensor dos cidadãos.

Sendo assim, diante da realidade brasileira, que nos apresenta um parlamento amplo, fruto de grande fragmentação partidária³⁷, é importante ter as condições de funcionamento eficaz do *judicial review* para que direitos fundamentais não sofram qualquer tipo de violação. Ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, no formato em que hoje se encontra, cabe a proteção e a significação da Constituição federal.

2.3 As influências da Inglaterra nos Estados Unidos da América para a construção do judicial review

Os traços prematuros daquilo que ao longo dos anos seria formulado como *judicial review* datam de séculos atrás. Na Grécia antiga, Aristóteles, que muito contribuiu para a elaboração de formas de governo, e via na política o instrumento necessário para atingir a felicidade, apresentou uma análise de que o controle atenderia à finalidade de moderar a capacidade decisória da assembleia.

Para José Luiz de Anhaia Mello, a prática de contrastar os atos formais com os costumes praticados na Pólis representava uma espécie de controle de constitucionalidade, a qual pretendia valorizar e proteger os direitos dos cidadãos. Tal contraste representaria uma garantia de preocupação com o conteúdo da norma aplicada aos cidadãos.

A *common law* consolidada na Inglaterra é a síntese de costumes, legislações e decisões judiciais ao longo dos séculos. Ela representa os costumes de relevância jurídica construídos diariamente, a partir da tradição e da realidade.

O surgimento do Direito, na Inglaterra, mais se revela, na verdade, com a descoberta do direito comum a todos posto na realidade, em vez da prática de inovar e criar o Direito. O direito estabelecido trata-se, portanto, de uma conquista que está posta na sociedade e não de um desejo distante da sociedade. Na Inglaterra, o direito é revelado e não criado.

³⁷<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/337298-as-distorcoes-da-representatividade-a-partir-do-sistema-eleitoral-brasileiro>

Nesse sentido, a elaboração legislativa e a prática do Poder Judiciário ocorrem em sintonia extremamente próxima, pois o Legislativo acaba por agir a partir das decisões do Poder Judiciário.

É possível afirmar que, até a Revolução Gloriosa, em 1689, o Poder Judiciário agia como fonte do Direito, reduzindo, portanto, a vocação do Legislativo de criar e produzir normas. O Legislativo, até aquele momento, atuava condicionado pelo Poder Judiciário - pois era esse que traduzia o Direito da sociedade, enquanto o Legislativo agia como uma espécie de divulgador daquilo que o Judiciário havia construído. Após a Revolução Gloriosa, o Legislativo assume a função de produzir normas e consolida a tradição inglesa do Parlamento fortalecido.

Os métodos de construção e os valores construídos na Inglaterra foram transportados para os Estados Unidos da América. Sendo assim, a *common law* inglesa serviu de parâmetro para a construção do Direito estadunidense. A prática jurídica da metrópole servia de baliza para o direito exercido na colônia. Após a Revolução Gloriosa, tem-se um importante marco histórico em que o Poder Legislativo passa a ser a fonte do Direito.

A organização inicial dos Estados Unidos se deu a partir de corporações que foram se organizando, com autonomia, mas vinculados à colônia inglesa, pois não poderiam conflitar com a *common law* britânica. Portanto, cada vez mais, criou-se um cenário em que as colônias inglesas, futuros Estados Unidos da América, estavam ávidas por mais autonomia.

Assim, as decisões iniciais da Corte Inglesa, embasadas na *common law*, a partir da decisão de Coke no *Dr. Bonham's Case* e no Direito Natural, invalidavam decisões das colônias americanas no caso concreto, as quais haviam recebido influência de Locke³⁸.

Os Estados Unidos da América receberam, portanto, as primeiras experiências daquilo que viria a ser o *judicial review* ainda enquanto colônia: a primeira, no plano geral, na relação estabelecida com a metrópole; em um segundo momento, quando os juízes da então colônia e posteriormente dos estados, que possuíam certa independência, praticava alguma invalidação invocando um Direito superior.

Assim, Douglas Edlin classifica a invalidação das leis pelo judiciário das então colônias como *extraconstitutional judicial review*, uma vez que as colônias praticariam o *judicial review* com base na *common Law* importada da Metrópole e, após a Constituição de 1787, o

³⁸ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

judicial review ocorreria tendo como base a Constituição. Tendo, portanto, dupla fonte para controle de constitucionalidade³⁹.

Fato é que ao longo do processo de construção da Constituição de 1787 o *judicial review* não despertou a atenção e foco da maioria dos delegados. Com a finalidade de frear o poder estatal, preocuparam-se com outros instrumentos, como o número de representantes por estado para o Senado.

Portanto, o início do *judicial review* nos Estados Unidos da América está intimamente ligado com a prática da *common law* inglesa. A diferença inicia-se a partir da elaboração da Constituição, que passa a servir como parâmetro para a atuação do Poder Judiciário estadunidense.

2.3.1. A relação conflituosa entre a vocação majoritária do Parlamento e a vocação contramajoritária do Judiciário

O Poder Legislativo, ao produzir atos normativos, tem como método a consolidação da vontade da maioria do Parlamento. Já o Poder Judiciário, sobretudo com o acúmulo e avanço dos Direitos Fundamentais, tem como finalidade exercer uma função contramajoritária, equilibrando o sistema.

Nos Estados Unidos da América, desde os primórdios da estruturação do *judicial review*, problematizou-se o fato de que um Poder democraticamente eleito seria supervisionado por um Poder que não é eleito, o qual teria como missão inspecionar e em determinados casos revogar a vontade da maioria eleita.

Da Constituição de 1787 para os dias contemporâneos, essa problematização recebeu novos contornos, na medida em que o *judicial review* dos Estados Unidos da América também sofreu alterações.

Com a Constituição de 1787, a qual institui uma baliza constitucional formal escrita, com natureza de norma superior e rígida. Portanto, não houve uma alteração do modelo de *common law* para um modelo formal, implantado a partir da elaboração da Constituição, mas

³⁹ EDLIN, Douglas E.. **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, p. 79-80.

uma espécie de acréscimo, uma vez que passou-se a considerar também, além da tradição importada da *common law*, a Constituição.

Após a Guerra Civil estadunidense ocorreram inúmeras aprovações de emendas constitucionais da denominada Reconstrução. Tal fato exigiu maior atuação da Suprema Corte americana, de modo que mais declarações de inconstitucionalidade foram surgindo.

Na medida em que essas decisões aumentaram, a discussão em torno do fato de que havia um Poder não eleito moldando e supervisionando as decisões de um Poder democraticamente eleito fez com que o modelo de *judicial review* fosse se aperfeiçoando.

2.3.2 O conceito de política para Bruce Ackerman

Bruce Ackerman, ao tentar encontrar um modelo para a prática constitucional nos Estados Unidos, afirma que, embora tal país seja uma grande nação, não conseguiu se desvincular do pensamento e influência europeia⁴⁰.

Para contribuir com a tentativa de superar a problemática imposta pelo dilema entre a função majoritária de uma democracia representativa e um Poder Judiciário contramajoritário, Ackerman estrutura seu raciocínio em momentos do constitucionalismo estadunidense: a Fundação dos Estados Unidos da América, quando houve as convenções e a elaboração da Constituição; a Reconstrução, momento após a Guerra Civil em que inúmeras emendas constitucionais foram aprovadas e o *New Deal*, proposto pelo presidente Roosevelt.

Para Ackerman, ao longo da história, a participação popular no acompanhamento da vida política ocorreu em situações pontuais. Numa perspectiva histórica, que está em intensa transformação – a partir dos meios de interação social –, a população se manifestou propriamente, para além das eleições, em poucos casos. Sendo assim, Ackerman indica que majoritariamente estamos diante de uma população que mantém certa distância da política, delegando para os órgãos representativos a sua condução.

Nos momentos pontuais de participação direta da população, os órgãos representativos têm suas deliberações alteradas pela vontade popular. A participação direta acaba por substituir os órgãos de representação⁴¹.

⁴⁰ ACKERMAN, Bruce. **Constitutional Politics/ Constitutional Law**. In: The Yale Law Journal, Vol. 99, n. 3, p. 453-457.

Portanto, para Bruce Ackerman, a prática política se dá de duas formas: constitucional e ordinária. Para ele, a política constitucional ocorreria quando, por via direta, houvesse o envolvimento da população nas tomadas de decisão dos assuntos públicos. Esses momentos, embora pontuais, seriam as oportunidades em que de fato a vontade constitucional estaria assegurada. Já a política ordinária representa o cotidiano da política, conduzido pelos órgãos representativos, que tomam inúmeras decisões com distância da população.

A participação direta da população, segundo Ackerman, se assemelharia à participação prevista por Rousseau, ao estabelecer que as vontades coletivas devem prevalecer sobre as vontades particulares, sendo, portanto, a participação direta e coletiva das pessoas a condição para se alcançar tal finalidade. Para Ackerman, os órgãos representativos estariam capturados por interesses particulares, o que faria da política constitucional prioritária em relação à ordinária.

Em virtude da política ordinária ser largamente predominante, Ackerman afirma que os magistrados, por não estarem contaminados por interesses particulares, seriam os únicos capazes de estabelecer uma interpretação holística da história e a relação existente entre as gerações⁴². Logo, os magistrados seriam os agentes capazes de interpretar os movimentos históricos e identificar o real sentido da Constituição no momento presente.

A partir desta análise equidistante dos interesses particulares, considerando a história, elementos políticos e o texto constitucional, seria possível superar a dicotomia existente entre a função contramajoritária do Poder Judiciário e a vocação majoritária do Poder Legislativo.

Nota-se, portanto, que o raciocínio de Ackerman para enfrentar e iluminar o debate sobre a prática constitucional envolvendo os Poderes Legislativo e Judiciário, em verdade, hipoteca sua conclusão na premissa de que o Judiciário estaria isento de qualquer influência externa, o que é em muito questionável, a partir das mais diversas análises do Direito e das influências externas, sobretudo em tempos de acompanhamento simultâneo do que ocorre nas Supremas Cortes.

2.3.3 A supremacia do Poder Judiciário para Ronald Dworkin

⁴¹ ACKERMAN, Bruce. **A Generation of Betrayal?** In: Fordham Law Review. Vol. 45, 1996-1997. p. 1519-1536.

⁴² ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations.** Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 113-119.

O jurista Ronald Dworkin é de grande relevância para a compreensão do Direito. De modo singelo, faz-se necessário utilizar de seus ensinamentos para análise do controle de constitucionalidade e de como este se relacionou aos poderes de Estado.

Para Dworkin, não há qualquer impedimento para que juízes não eleitos possam exercer a atividade de controle de constitucionalidade. Para ele, o controle de constitucionalidade teria, entre outras, a finalidade de aprimorar a democracia. É na teoria da decisão judicial que Dworkin estrutura seu raciocínio.

Para compreender o direito e, sobretudo, a decisão judicial, muitas são as correntes de pensamento, dos positivistas formalistas, como o tradicional Hans Kelsen, aos conteudistas como Ronald Dworkin. Para esse, a decisão judicial permite somente uma conclusão adequada, cabendo ao magistrado alcançá-la. Para isso, deve o juiz considerar a prática histórica, os precedentes, a moralidade social do período histórico e a tradição. Nota-se, portanto, uma preocupação latente com o conteúdo da norma.

O positivismo, segundo Dworkin, não seria capaz de lidar com casos difíceis (*hard cases*), uma vez que esses não estariam previstos no sistema de regras. Para casos difíceis seria preciso a análise a partir de princípios contidos na moralidade política, tendo como base a tradição, a história e as práticas. Para ele, tanto o positivismo quanto sua concepção conteudista do Direito possuem relação com o Estado de Direito. Enquanto os princípios apresentam uma estrutura rígida, pré-determinada às regras, a concepção de Dworkin estabelece um compromisso com o cumprimento do Direito e, assim, para se chegar a esta finalidade em alguns casos seria preciso recorrer à tradição do Direito, fornecida pela moralidade política⁴³, indo além, portanto, daquilo que prevê a estrutura baseada somente nas regras.

O Estado de Direito baseado em direitos pressupõe um processo interpretativo mais complexo, o qual prevê direitos e deveres morais não escritos, mas existentes. O Direito para Dworkin é essencialmente interpretativo, de modo que só se pode alcançá-lo a partir da interpretação, a qual é permeada de princípios que afastam a discricionariedade prevista pelos positivistas. Assim, a compreensão do direito só ocorre em sua abrangência e totalidade se considerado com suas regras, princípios e moralidade política.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

Dworkin, ao analisar as decisões judiciais que revisam atos legislativos e se utilizam de princípios, afirma que esses estão cumprindo o dever de impor valor moral à produção legislativa e assegurando direitos que não podem se curvar à vontade da maioria política⁴⁴.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a abertura provocada pelos princípios confere aos tribunais a possibilidade de invalidar ou recusar a aplicação de regras elaboradas pelo Legislativo democraticamente eleito. Neste ponto, diante da relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, Dworkin acaba por facultar ao Judiciário autonomia capaz de rever determinações do Poder Legislativo.

Embora mantenha esta posição, reconhece Dworkin a capacidade dos Legisladores de tomarem decisões em sintonia com a Constituição, a partir da maioria do Parlamento, ao afirmar que “porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer”⁴⁵ – concedendo, portanto, a democracia ao critério da maioria.

Ocorre que, para ele, na medida em que um Estado como os Estados Unidos da América faz uma opção por privilegiar os direitos da minoria, não pode a Constituição negligenciar o fato de que maiorias irrestritas podem solapar direitos e garantias individuais, uma vez que “um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral”⁴⁶.

Para Dworkin, a moralidade política deve ser delegada a uma instância e esta ser responsável, em última análise, por definir os princípios preponderantes, uma vez que tal decisão é incerta. Na Constituição estadunidense, o órgão responsável para tal atribuição é a Suprema Corte e, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Assim, o supracitado jurista faz uma opção manifesta pela supremacia do Poder Judiciário: “A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham”⁴⁷.

Para evitar a prática da discricionariedade, Dworkin afasta a possibilidade dos juízes, ao decidirem, imporem seus juízos morais pessoais. Ele considera que são duas as possibilidades de atuação coletiva: a estatística e a comunal. A primeira considera a ação coletiva a partir da

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard university Press, 1978. p. 184-205.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Casos Constitucionais**. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Casos Constitucionais**. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 230

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10

soma de cada atuação individual. Já a ação coletiva comunal considera que, a partir da ação em sintonia do todo, surge uma nova figura, sendo esta a ser considerada.

A concepção majoritária forma a sociedade a partir da somatória dos indivíduos, sem considerar que o conjunto dos indivíduos faz surgir uma nova figura. A construção de participação numa sociedade só estará completa quando seu conjunto dos membros for identificado como um todo, sem distinções e exclusões, com garantias e práticas morais similares.

Deste modo, a partir da compreensão do Direito por Dworkin, a capacidade de interpretar os princípios e tradições envolvidas no conjunto da sociedade é delegada à Corte. É esta a responsável por se manifestar em definitivo, num processo interpretativo amplo que sempre buscará a decisão correta. Nota-se que essa é a condição de funcionamento ideal do sistema, que está condicionado à decisão judicial.

2.3.4 A participação democrática de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron, ao analisar os argumentos apresentados por Dworkin, quando esse afirma que nas questões de princípios existiria uma resposta correta e apenas aplicada pelo Poder Judiciário, demonstra um desmerecimento para com o Poder Legislativo. Para Waldron, existe a necessidade dos estudiosos do Direito de se debruçarem sobre o Poder Legislativo e suas potencialidades. Neste sentido, afirma Waldron em “*A Dignidade da Legislação*”:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral de direito.⁴⁸

⁴⁸ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

De tal modo, Waldron considera que, valorizando a legislação, os parlamentares conseguiriam demonstrar-se superiores, em virtude da transparência aplicada.

Ao abordar o conceito de circunstância política, que se revela como o sentimento compartilhado pelo conjunto de pessoas de um determinado grupo sobre a necessidade de construir estruturas, decisões ou formas de agir comuns para solucionarem problemas, ainda que em discordância sobre a forma desta estrutura ou sobre as decisões a serem tomadas para sanar o assunto em comum, conclui-se que as circunstâncias políticas revelam um desacordo com a necessidade de ação conjunta⁴⁹.

Waldron parte do pressuposto de que há nas sociedades modernas desacordo moral razoável, de modo que há divergência entre pessoas bem informadas e intencionadas sobre qual o papel do Estado em relação aos direitos sociais. Há discordância em relação à distribuição de riquezas e outras inúmeras questões que se relacionam com o tema das políticas públicas.

Mas também há divergência em relação às questões de princípios, já que, para Dworkin, seria possível alcançar uma única decisão correta. Há também, segundo Waldron, divergência em relação a temas relacionados aos princípios, como questões relacionadas a aborto, métodos contraceptivos, eutanásia, casamento entre pessoas de mesmo sexo e inúmeras outras questões⁵⁰.

Para equacionar esta realidade, sugere o autor que se estabeleçam estruturas democráticas, prestigiando o Poder Legislativo, capazes de tratar das diversas questões sensíveis que carecem de uma solução.

Afirma Waldron que:

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias

⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102-103.

⁵⁰ WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Aduino Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 113-114.

e (4) discordância persistente, substancial e de boa fé quanto a direito (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.⁵¹

Desta leitura, conclui-se que tanto os Estados Unidos da América quanto o Brasil possuem Poderes Judiciários e Legislativos em funcionamento democrático. Ambas as Constituições resguardam os direitos fundamentais. Temas denominados como desacordos morais também se fazem presente. Para resolver e organizar de modo eficiente estas realidades, sugere Waldron que se estabeleça uma estrutura capaz de organizar o agir coletivo.

A divisão estabelecida por Dworkin sobre a separação dos argumentos de princípios e argumentos de política, em que os primeiros seriam decididos pelas Cortes e os segundos pelos órgãos representativos, na visão de Waldron não se sustenta. Questões de princípios que em tese seriam apreciadas pelas Cortes ensejam opiniões e manifestações divergentes na população, de modo que a resposta correta indicada por Dworkin não estaria assegurada.

Sendo assim, os processos de discussão e decisão dos assuntos de natureza pública são fundamentais para Waldron, delineando dois métodos de decisão. Uma alternativa seria o conjunto de cidadãos, sujeitos de determinada comunidade, discutirem e encaminharem a decisão. Para tal possibilidade, o método poderia ser por vias diretas ou por representação, típica do Poder Legislativo. A outra possibilidade seria delegar tais decisões para as Cortes, compostas por pessoas não eleitas. Waldron filia-se à primeira alternativa.

Para esclarecer seu raciocínio sobre representantes e representados, Waldron justifica a legitimidade da legislação editada por um corpo de representantes. Cabe aqui citar John Locke:

Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com o poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário, àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o consentimento da maioria; do contrário, torna-se impossível que aja ou se mantenha como um corpo único, uma comunidade

⁵¹ WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 106

única, tal como concordaram devesse ser os indivíduos que nela se uniram – de modo que todos estão obrigados por esse consentimento a decidir pela maioria. E, portanto, vemos que, nas assembleias que têm poder para agir segundo leis positivas em que nenhum número é fixado por essa lei positiva que lhes confere o poder, o ato da maioria passa por ato do todo e, é claro, determina, pela lei da natureza e da razão, o que é o poder do corpo inteiro.⁵²

Para responder à crítica comum de que a elaboração legislativa é fruto de um critério majoritário que pode carregar traços autoritários, Waldron afirma que o critério majoritário é aplicado desde a Democracia Grega e que também as Cortes, para a definição de decisões judiciais, aplicam o critério majoritário. Todavia, o principal argumento de Waldron foca no fato de que o consentimento de que fala Locke não é físico, mas moral, e relaciona-se à autorização para a atuação coletiva de determinada comunidade.

Na análise de Waldron, o procedimento e a legitimidade que ela apresenta são de extrema importância. Para ele, em um sistema em que os direitos podem ser revistos por controle de constitucionalidade aplicado por uma Corte, os direitos fundamentais correm risco.

Por fim, para Waldron as divergências morais são complexas, de modo que a lógica da decisão correta ou errada de Dworkin não é suficiente. Waldron considera que o controle de constitucionalidade reduz a participação dos indivíduos como sujeito políticos. O autor acredita que a melhor forma de sanar as divergências existentes numa sociedade complexa é por meio da participação democrática.

2.4 Reflexões sobre a construção do processo legislativo

O processo legislativo é de extrema relevância, pois é ele quem definirá os critérios, formais e materiais, para que, ao final, seja produzido determinado ato normativo e de natureza pública, que disporá sobre um interesse da sociedade. A necessidade de procedimentos políticos reconhecidos e adotados por determinada comunidade faz-se necessária, uma vez que as escolhas de natureza pública dificilmente prescindirão de uma avaliação unânime sobre determinado assunto.

⁵² LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 469.

O Parlamento é composto por diversas pessoas, cada qual com sua trajetória, ideologia e compreensão do mundo. Portanto, ter um procedimento que considere as diferenças de opinião é salutar para a manutenção do convívio em sociedade.

Para Herbert Lionel Adolphus Hart, há sistema jurídico numa sociedade a partir do momento em que esta se submete a determinados comportamentos e práticas, as quais não eram seguidas necessariamente. Deste modo, os membros da sociedade não agem mais por instinto ou intuitivamente, mas considerando as normas e procedimentos sociais adotados, respeitando, portanto, os procedimentos estabelecidos para adoção de novas regras.

Em sua obra *A Dignidade da Legislação*, Jeremy Waldron cita vários pensadores que debateram o tema aqui em questão. Para Friedrich Hayek, o legislador deveria preocupar-se com a organização do Estado, e não em regulamentar as vontades livres da sociedade. Para Hayek, a função do corpo legislativo é garantir a estruturação, o financiamento e a administração de um governo e do Estado. Há, portanto, uma evidente distinção entre Direito e legislação:

Foi em conexão com as regras da organização do governo que a produção deliberada de “leis” tornou-se um procedimento familiar e cotidiano; todo novo empreendimento de um governo ou toda mudança na estrutura do governo exigiam algumas novas regras para sua organização. O estabelecimento de tais regras tornou-se, assim, um procedimento aceito muito antes que alguém considerasse usá-lo para alterar as regras estabelecidas da conduta justa. Mas, quando o desejo de fazer isso surgiu, foi quase inevitável que a tarefa fosse confiada ao corpo que sempre fizera leis em outro sentido.⁵³

O risco de uma legislação baseada na tradição positivista é que a produção legislativa é fruto de pessoas, com suas ideologias, convicções e processos históricos. Questiona-se o processo legislativo em virtude dele ser fruto da vontade conjugada de muitos, diferente, por exemplo, da vontade de quem aplica o direito, o qual se cerca de poucas pessoas, sendo a decisão do juiz o reflexo de uma vontade praticamente unilateral. Sendo assim, ao analisar diversos autores, Jeremy Waldron, tece algumas considerações:

“Parte do consenso é explicado por um sentido que se origina do preconceito antigo, mas que também surge no Iluminismo, de que quanto

⁵³ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27

maior a assembleia legislativa, mais baixo o nível médio de sabedoria e conhecimento dos legisladores”⁵⁴.

No mesmo sentido, Jean-Jacques Rousseau – o apóstolo da legislação participativa – perguntou, no *Contrato Social*: “Como uma multidão cega, que muitas vezes não sabe o que quer... pode realizar sozinha um empreendimento tão grandioso e difícil quanto um sistema de legislação?”⁵⁵.

Problematiza-se também o tamanho da legislatura moderna, a pluralidade e o número de pessoas que a legislação deliberativa moderna implica. Para Maquiavel, a calma e a solenidade não são necessariamente a marca de uma boa política, e nem o barulho e o conflito seriam sintomas de patologia política, conforme se nota:

Para mim, parece que os que maldizem os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam as coisas que foram a primeira causa da manutenção da liberdade de Roma e que consideram mais os ruídos e os gritos que surgem em tais tumultos do que os bons efeitos que engendram.

Como há discordância na comunidade sobre qual posição prevalecerá, há a necessidade de um processo político para a decisão. “Se chamamos a medida identificada como a posição da comunidade o direito dessa comunidade, então, a flexibilidade da prática a que acabo de me referir é aquilo (ou parte daquilo) que queremos designar como o estado de direito.

Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião confiante – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão política.⁵⁶

Para Kant, “se a justiça se for, não haverá mais nenhum valor para a existência do homem na terra”. Ainda segundo o autor, o desafio à legislatura “é o maior e o crime mais punível em uma comunidade”. A filosofia política de Kant é bem exposta na seguinte passagem:

A experiência nos ensina a máxima de que os seres humanos agem de maneira violenta e malevolente e que tendem a lutar entre si até que sobrevenha uma legislação coercitiva externa. Mas não é a experiência nem

⁵⁴ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 44.

qualquer tipo de conhecimento factual que torna necessária a coerção jurídica pública. Pelo contrário, mesmo se imaginarmos os homens tão benevolentes e respeitadores da lei quanto possível, a ideia racional *a priori* de um Estado não lícito ainda nos dirá que, antes de ser estabelecido um Estado público e jurídico, e os homens, os povos e os Estados nunca podem ter segurança quanto a atos de violência mútuos, já que todos terão seu próprio direito de fazer o que lhe parece correto e bom para eles, independentemente da opinião dos outros. Assim, a primeira decisão que o indivíduo é obrigado a tomar, se não deseja renunciar a todos os conceitos de direito, será adotar o princípio de que devemos abandonar o estado de natureza, no qual todos seguem os próprios desejos, e unirmo-nos a todos os outros (com os quais não podemos evitar o intercâmbio) para submettermo-nos à coerção externa, pública e lícita. Ele deve, portanto, entrar em um Estado em que aquilo que é reconhecido como pertencente a cada pessoa é reservado a ela por lei e garantido a ela por um poder externo (que não é o seu próprio, mas exterior a ela). Em outras palavras, ele deve, a todo custo, entrar em um Estado da sociedade civil.⁵⁷

Para Hobbes, o juízo individual para questões de interesse público equivale à guerra, uma vez que podem ser contrários um ao outro e considerados seriamente como suficientes para que se lute por eles. “Assim, os juízos individuais a respeito de direitos, propriedade e justiça dizem respeito às exigências de sobrevivência individual, e as circunstâncias da vida humana são tais que provocam angústia, timidez e competição excessivas nesse aspecto”⁵⁸.

Neste sentido, Kant e Hobbes identificam o estado de natureza como uma condição de violência. “A aquisição implica uma pessoa criar obrigações para os outros, obrigações que são inteiramente em benefício do apropriador”⁵⁹.

É válido utilizar a força para assegurar a justiça e o direito, entretanto, se a força for utilizada por pessoas diferentes para assegurar fins que se contradizem mutuamente, sua ligação com a garantia é rompida⁶⁰:

Se há, porém, razões para pensar que a sociedade precisa de apenas uma visão de certa questão específica à qual todos devem dar preferência, pelo menos no que diz respeito a suas interações externas, então, deve haver uma maneira de identificar uma visão como a visão da comunidade e um fundamento para a nossa fidelidade a ela não baseado em nenhum juízo que tivéssemos de fazer quanto a sua retidão. Essa, afirmo, é a base da doutrina de direito positivo de Kant, e é porque ela chama a atenção para essa

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 51.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55.

⁵⁹ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.65.

⁶⁰ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 69.

circunstância e essa necessidade que o cito como um dos campeões da dignidade da legislação humana.⁶¹

Há na doutrina aqueles que entendem que o processo legislativo deve estar balizado pela restrição constitucional e sujeito à revisão judicial, entretanto, há aqueles que divergem deste entendimento.

Locke é tido como o fundador do constitucionalismo liberal, o teórico dos direitos naturais, o filósofo da legislatura limitada. Sendo assim, por que é que Locke afirma, no *Segundo Tratado*, que a legislatura é Suprema, que nunca deve estar sujeita a nenhum outro corpo nem, portanto, à revisão judicial ou qualquer outra coisa, pelo menos enquanto o governo durar? Locke considera uma restrição à legislação as leis da natureza. “As obrigações da lei da natureza não cessam na sociedade... A lei da natureza ergue-se como uma regra eterna para todos os homens, tanto os legisladores como os outros”⁶².

Sendo assim, o que poderia a legislação acrescentar à legislação natural. Portanto, Locke, possivelmente, entendia a legislação humana como instrumento capaz de tornar as leis da natureza mais determinadas, no nível de obrigação moral mais geral.

Deste modo, o Direito Natural necessita ser concretizado no mundo dos seres humanos. Sendo assim, funciona como um conhecimento a ser adquirido e aplicado. É, portanto, na assembleia que os congressistas descobrirão os limites do direito natural e sua aplicação devida no mundo humano.

Rawls organiza a legislação baseado na sequência de quatro etapas:

- 1) Escolha dos princípios de justiça na posição original;
- 2) Estruturação de uma Constituição justa;
- 3) Escolha da legislação pelos representantes – considerando os dois princípios anteriores;
- 4) Aplicação das regras a casos específicos por administradores e juízes;

Com a aplicação do direito positivo, esse torna-se tangível, acessível. Conforme expõe Hannah Arendt:

⁶¹ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76.

⁶² LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

uma coisa objetiva resistente, que, com certeza, poderíamos abordar a partir de muitos ângulos diferentes e à qual poderíamos impor muitas interpretações diferentes, que poderíamos modificar ou emendar conforme as circunstâncias, mas que, não obstante, nunca foi (meramente) um estado mental subjetivo.⁶³

John Locke foi um dos críticos ao Sistema Jurídico Inglês. Na descrição de Locke, raciocinar em conjunto melhora as perspectivas de legislação justa, mas não o suficiente para eliminar a discordância e nem o suficiente para eliminar a perspectiva do erro.

Para Locke e Hobbes, se há um corpo que pode invalidar a legislatura, então esse corpo é o verdadeiro soberano na sociedade. Para Locke, o corpo que constrói as leis para a sociedade deve ser o mesmo que soluciona as diferenças.

Aristóteles questiona, no capítulo 10 de Política (pág. 113), sobre onde deveria estar localizada a soberania: na multidão? Com os ricos? Com os bons? Com homem? Um tirano? No capítulo 11, Aristóteles expõe que um corpo coletivo tem condições melhores para se tomar determinada decisão.

Para Waldron, tal afirmação é enquadrada como “Doutrina da Sabedoria da Multidão”: o povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores, reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento, do que qualquer outro membro individual do corpo, por mais excelente que seja, seria capaz de tomar sozinho⁶⁴.

Para enfrentar a aristocracia, a teoria da Doutrina da Sabedoria da Multidão estabelece que: o povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores, reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento, do que qualquer subconjunto de pessoas atuando como um corpo e reunindo o conhecimento, a experiência e o discernimento dos membros do subconjunto.

Embora a lógica da Doutrina da Sabedoria da Multidão aplique-se mais às assembleias, em casos de lacuna ou silêncio da lei, Aristóteles afirma:

Quando a lei não consegue determinar um ponto, ou não consegue determinar bem, quem deve decidir é o melhor homem ou todos? Segundo

⁶³ ARENDT, Hannah. **On Revolution**, Harmondsworth, Penguin Books, 1973. p. 157.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115.

nossa prática presente, as assembleias encontram-se, reúnem-se em julgamento, deliberam e decidem, e os seus juízos relacionam-se todos com os casos individuais. Ora, qualquer membro da assembleia, considerado separadamente, com certeza é inferior ao homem sábio. Mas o Estado é formado de muitos indivíduos. E, como um repasto em que todos os convidados contribuem é melhor do que um banquete fornecido por um único homem, uma multidão é melhor juiz de muitas coisas do que qualquer indivíduo (76: 1286^a24-31).⁶⁵

Para Aristóteles, nos casos em que a legislação se omite, o faz propositalmente, uma vez que, se os casos possuem entendimento multifacetado, desafiam o tipo de caracterização. Segundo o filósofo:

Há algumas artes cujos produtos não são julgados unicamente ou melhor pelos próprios artistas, a saber, as artes cujos produtos são reconhecidos até por aqueles que não possuem a arte; por exemplo, o conhecimento da casa não se limita apenas ao construtor; o usuário, ou, em outras palavras, o dono da casa, será efetivamente melhor juiz do que o construtor, assim como o piloto julgará melhor um leme do que o carpinteiro, e o convidado julgará melhor um banquete do que o cozinheiro (67-8: 1282^a18).⁶⁶

O mérito é avaliado a partir de uma análise retrospectiva, mas também prospectiva. Ao realizar a junção de pessoas distintas, com potenciais e limitações diferenciados, cria-se um agrupamento de maior qualidade. A fala, portanto, é compreendida como a marca da natureza política:

Ora, que o homem é um animal político mais do que as abelhas ou outros animais gregários é evidente. A natureza, como muitas vezes dizemos, não faz nada em vão, e o homem é o único animal que tem o dom da fala. E, enquanto só a voz é apenas uma indicação de prazer ou dor e, portanto, é encontrada em outros animais (pois sua natureza alcança a percepção do prazer e da dor e a insinuação destes entre si, e nada mais), o poder do discurso destina-se a expor o conveniente e o inconveniente e, portanto, da mesma maneira, o justo e o injusto.” (3: 1253^a8).⁶⁷

⁶⁵ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 122.

⁶⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 128.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 141.

A fala é o meio em que a política ocorre. Na análise sobre a decisão majoritária, Hannah Arendt considera, em *On Revolution*, que “o princípio majoritário é inerente ao próprio processo de decisão”⁶⁸.

A necessidade de analisar a decisão majoritária faz-se presente, uma vez que nas câmaras legislativas é por meio de uma adesão da maioria que se aprova determinada lei. Para Locke, o princípio da decisão majoritária:

Quando qualquer número de homens pelo consentimento de cada indivíduo, formou uma comunidade, eles, por meio disso fizeram dessa comunidade um corpo, com poder de atuar como um corpo, apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois o que move qualquer comunidade, sendo apenas o consentimento dos indivíduos dela, e, sendo necessário que aquele que é um corpo se desloque, e sendo necessário que o corpo se mova para onde a maior força o carrega, que é o consentimento da maioria; do contrário, é impossível que aja ou continue como um corpo, uma comunidade, que o consentimentos de todos que se uniram nela concordaram que seria, e, portanto, todo mudo é obrigado por esse consentimento a chegar a um acordo decidido pela maioria (II:96).⁶⁹

Para Locke, o ato de comunidade é reflexo dos julgamentos individuais desta comunidade.

A análise do processo legislativo e a compreensão dos mais diversos pensadores sobre o assunto é de extrema relevância quando se pretende analisar a prática que revisará o que foi decidido pelo Parlamento. Identifica-se que a construção de atos normativos é o momento em que ocorre o encontro dos mais diversos pensamentos, interesses e necessidades.

Para que tais atos sejam revistos, é preciso que o órgão que for analisar tenha a máxima sensibilidade para compreender tudo o que foi pretendido, em se tratando de uma análise *a posteriori* da publicação normativa.

Em sendo anterior à publicação, como ocorre no Conselho Constitucional da França, deve-se ter a cautela também para não anular uma das funções do Estado e torná-lo disfuncional. Manter sintonia entre as instituições e preservar a Constituição é o desafio posto.

⁶⁸ ARENDT, Hannah. **On Revolution**, Harmondsworth, Penguin Books, 1973.

⁶⁹ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.158.

2.5 A tentativa canadense para superar a dicotomia Judiciário vs. Legislativo

O debate sobre supremacia do Poder Judiciário atravessou séculos e passou pela análise de diversos doutrinadores e pensadores do Direito. Dar a palavra final sobre o sentido da Constituição sempre representou um desafio a ser ajustado dentro da estrutura estatal.

Mesmo aqueles que defendem o *judicial review* exercido pelo Poder Judiciário sinalizam para a dificuldade que é a prática da função contramajoritária por um Poder (Judiciário) não eleito, desfazendo atos elaborados por um Poder (Legislativo) que foi eleito pela via democrática. Na expectativa de superação desta dicotomia e aprimoramento do sistema do *judicial review*, tem-se o modelo canadense, recentemente modificado com o escopo de aperfeiçoar o sistema.

O Canadá possui sua tradição jurídica inspirada e influenciada pela Inglaterra. As suas principais características são: uso do sistema da *common law*; soberania do Parlamento canadense; e, mais recentemente, foi introduzido o mecanismo do *judicial review*, com uma breve peculiaridade – a possibilidade do Parlamento rever a decisão manifestada pelo Poder Judiciário. Essa possibilidade foi nomeada de cláusula *notwithstanding*.

Esta previsão representa uma tentativa de estabelecer o *judicial review*, mas mitigando a doutrina da supremacia do Poder Judiciário, apontando, portanto, para um diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

Em 1982, com a aprovação da Carta de Direitos, o Canadá passou a contar com o instituto do controle judicial de constitucionalidade. Diferente dos Estados Unidos e da tradição do *judicial review*, não adotou um sistema que estabelecesse a supremacia do Poder Judiciário. O Canadá, até então, não havia previsto no seu ordenamento jurídico nenhum sistema de controle, garantindo ao Parlamento soberania.

Com a Carta de 1982, estabeleceu a Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá o seguinte dispositivo⁷⁰:

33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições

⁷⁰ WALACHOW, W.J. **A common Law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta.

(2) A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração.

(3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração.

(4) O Parlamento ou a legislatura provincial poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo (1).

(5) O parágrafo (3) será válido para todas as promulgações repetidas adotadas ao abrigo do parágrafo (4).⁷¹

Portanto, com esta previsão, o Canadá previu a possibilidade de reedição de lei pelo Parlamento, caso esta tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, sobre os temas abordados nas seções 2 e nas seções 7 a 15, que dispõem sobre Direitos Fundamentais, Garantias Jurídicas e Igualdade. Tal lei, aprovada pelo legislativo, em caráter de revisão de ato judicial, estaria imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) anos, podendo garantir esta imunidade por mais 5 (cinco) anos.

Hogg e Bushell⁷² escreveram um extenso artigo em 1997 levantando dados empíricos sobre o comportamento do Judiciário e do Legislativo em relação à prática da possibilidade de revisão pelo Legislativo das decisões judiciais. Cunharam esta dinâmica entre Legislativo e Judiciário de diálogo institucional.

Muitos críticos se apresentaram ao debate, expondo que, em verdade, não haveria um diálogo, mas ainda sim uma espécie de *judicial review*, como foi o caso de Waldron.

Para os autores do artigo, que em 2007 tiveram nova oportunidade de se manifestar sobre o tema, ainda que esse diálogo não seja tão sistemático, esse modelo garantiu maior envolvimento do Legislativo e uma minimização dos efeitos contramajoritários. Para Conrado H. Mendes, “são entusiastas do diálogo, mas sem abandonar a noção de ‘última palavra’, que continuaria, constitucionalmente, com a Corte, e, na prática, com o legislador”⁷³.

⁷¹ http://brazilians.ca/faq_direitos.htm

⁷² MATHEN, Carissima. **Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy**: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”. In: Osgoode Hall L.J. Vol. 45 n. 1, 2007, p. 131.

⁷³ MENDES, Conrado. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

Como saldo dessa experiência, ainda que as modificações legislativas sobre decisões judiciais tenham sido pequenas, tal alteração garantiu um maior contato entre os Poderes e sintonia quando da tomada de decisões ao interpretar a Constituição.

2.6 O Supremo Tribunal Federal do Brasil: aspectos organizacionais

Conforme estabelece a Constituição federal de 1988 em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Com ineditismo, a Constituição federal de 1988 garantiu autonomia ao Poder Judiciário, como ensina o Ministro do Supremo Tribunal Federal e doutrinador Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se a autonomia funcional dos magistrados.⁷⁴

Sendo assim, ao Poder Judiciário cumpre proteger e promover o cumprimento de direitos e deveres estabelecidos em nosso ordenamento jurídico. Ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, cabe guardar a Constituição federal. Neste sentido, afirmam os professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior⁷⁵ que o Supremo possui a incumbência de dar a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, através do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade dos atos normativos.

Tratando das concepções sobre sistemas judiciais, Zaffaroni elenca os seguintes modelos:

A) Modelo empírico primitivo: neste modelo, por definição, carece de nível técnico, ou seja, rege a arbitrariedade seletiva. O nível do serviço que é prestado, devido à pobreza técnica, só pode ser precário. O perfil do juiz tenderá a uma deterioração, com certa tendência partidarizante. Sua

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 8ª ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 935.

⁷⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. Verbatim: São Paulo, 2013, p. 348.

independência não pode ser considerada como assegurada. O controle de constitucionalidade, se existir, será precário e circunstancial. A segurança jurídica para o investimento produtivo será muito relativa, pelo menos no que dependa da atividade jurisdicional, ou seja, que neste nível será um fator de fomento dos investimentos que compensam riscos com lucros ou rendas desproporcionais, salve quando outros fatores operarem de forma neutralizadora. A cultura jurídica não pode ser rica por falta de estímulo e, definitivamente, o próprio Estado de Direito se apresentará como duvidoso. O contexto geral será o de países não democráticos ou com democracias pouco estáveis ou escassamente desenvolvidas, salvo quando, por outros fatores, a sociedade oponha limites ao poder estatal ou quando o próprio Estado oponha reparos às deficiências da função política do judiciário mediante instituições controladoras e limitadoras.

B) Modelo tecnoburocrático: ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva, garante-se o nível técnico da magistratura. Necessariamente a qualidade do serviço é superior ao modelo anterior, embora se mova por trilhos sempre muitos formalizados. O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização 'carreirística'. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa. Portanto, o controle de constitucionalidade, se existir, terá baixo nível de incidência. Melhorará por certo a condição proporcionada pelo judiciário à segurança do investimento produtivo racional. Embora a cultura jurídica seja superior, não terá estímulo para alçar verdadeiro voo técnico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Poder-se-á afirmar que favorece um Estado de Direito, mas de caráter legal (não constitucional). A característica geral não necessariamente mais democrático e que pode ser, inclusive, abertamente autoritário.

C) Modelo democrático contemporâneo: conserva a seleção técnica do anterior, inclusive aperfeiçoada mediante um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. A qualidade do serviço será mantida, ainda que melhore por efeito da redução da formalização através do impulso que lhe proporciona o controle permanente de constitucionalidade. O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidariado nem burocratizado). A independência é melhor assegurada que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente. O controle de constitucionalidade é privilegiado com um tribunal designado mediante seleção dispersa, o que eleva seu nível. No que dependa da magistratura, serão melhores as condições para o investimento produtivo racional. A cultura jurídica se elevará, como efeito do voo teórico requerido para operar-se com uma magistratura pluralística e, portanto, dinâmica. O Estado de Direito será fortalecido com a tendência da forma constitucional. Na medida em que esta estrutura seja real e não se reduza a uma planificação constitucional desvirtuada por vícios instrumentais, a característica geral não pode ser outra que a de uma democracia.⁷⁶

Nesses termos, o modelo em que melhor se enquadra a realidade brasileira é o democrático contemporâneo.

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**, tradução Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102-104.

Como órgão do ápice da estrutura do Poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal é composto, conforme estabelecido pelo artigo 101 da Constituição federal:

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Exige-se do indicado pelo Presidente da República o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos. Uma vez indicado, o candidato será submetido à sabatina do Senado Federal, em que se exigirá aprovação de maioria absoluta dos Senadores.

A função de Ministro do Supremo Tribunal Federal é vitalícia, não existindo, portanto, mandato para o seu exercício. Após a aprovação da PEC 88/2015⁷⁷, a idade máxima para aposentadoria passou de 70 anos para 75 anos.

A indicação de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República tem como inspiração o procedimento estadunidense, em que também cabe ao Presidente da República indicar o membro da Suprema Corte. Aqui, assim como lá, com diferença de quórum, caberá ao Senado aprovar ou rejeitar a escolha do Ministro indicado pelo Presidente da República. Portanto, embora se trate de uma escolha referente ao Poder Judiciário, prestigiando o sistema de freios e contrapesos, o Poder Executivo e o Poder Legislativo acabam por ter participação direta.

Doutrinariamente, o processo de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal é um ato administrativo discricionário complexo. Discricionário porque é prerrogativa do Presidente da República, em consonância com os requisitos constitucionais, a livre escolha do candidato, e complexo pois há a participação do Senado Federal, ou seja, há dois órgãos participando do ato.

Ainda que exista a participação do Senado e as exigências constitucionais de determinados requisitos, a prerrogativa de indicar do Executivo representa uma alta concentração de poderes. Além deste traço, a vitaliciedade é outra característica que deve ser

⁷⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm#art1

problematizada, pois garante ao Supremo Tribunal Federal uma longevidade que muitas vezes o impede de oxigenar os anseios constitucionais da sociedade.

Além da composição, a competência também se assemelha à da Corte norte-americana. No Brasil, pela Constituição Federal, é definido pelo artigo 102 o que podemos aferir serem as competências de natureza originárias, quando compete ao Supremo Tribunal Federal julgar a causa como instância única, e competências recursais, que poderão se apresentar em recursos ordinários, como será o caso do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e do mandado de injunção, ou extraordinários, no qual será exercido controle difuso de constitucionalidade.

Logo, é visível a natureza política em relação às matérias que serão submetidas para análise do Supremo Tribunal Federal. Natural, portanto, que sua escolha tenha elementos políticos. Neste sentido, afirma Peixoto:

O processo de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais deve ser diferenciado da investidura dos magistrados da jurisdição ordinária, por se tratar de uma Corte de natureza jurídico-política que decide questões relativas à proteção dos direitos fundamentais; ao controle de constitucionalidade; ao equilíbrio entre os poderes e entes federativos; e à garantia da repartição de competências constitucionais.⁷⁸

Delegar a escolha de um membro do Poder Judiciário ao chefe do Poder Executivo, como ocorre para a escolha de membros do Supremo Tribunal Federal, é também valorizar um princípio fundante do Estado brasileiro que é “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, insculpido no parágrafo único do artigo 1º da Constituição federal, uma vez que o Presidente da República é escolhido pelos cidadãos.

Necessário faz-se identificar a estrutura do Supremo Tribunal Federal para reflexão sobre outras formas que poderiam ser adotadas para tornar nosso modelo de Justiça mais eficaz e protetor em relação ao que exige a Constituição federal.

⁷⁸ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: Composição e Indicação de seus Ministros**. Método: São Paulo, 2012, p. 56.

2.7 Desafios para reflexão sobre o STF brasileiro

Com Hans Kelsen, o Direito passou a ser estruturado de modo escalonado e lógico. O sistema jurídico previsto por Kelsen tem na norma hipotética fundamental a sua fonte de legitimação.

A norma fundamental de Hans Kelsen, acaba por possuir a soberania, pois é quem tem a legitimidade para decidir, utilizando-se, nesse caso, o conceito de soberania de Schmitt. A norma fundamental de Kelsen funda a Constituição⁷⁹.

O controle de constitucionalidade abstrato terá como protagonista o Tribunal Constitucional, a partir dos parâmetros formais definidos pela Constituição. A inconstitucionalidade para Kelsen pode ser formal, se não atender ao rito previsto, ou material, se alguma lei dispuser contra matéria constitucional. Mas a inconstitucionalidade material, segundo o autor, seria sanada em caso de mudança constitucional. Enquanto o Legislativo cria normas gerais, a função jurisdicional cria normas individuais.

A função de um Tribunal Constitucional não é se limitar ao papel de legislador negativo, mas consiste em limitar e regular a atuação do poder público, resguardar os direitos fundamentais, proteger as minorias e a dignidade da pessoa humana.

A Constituição, em uma sociedade democrática, não cumpre apenas o papel de limitar o poder público, mas de fundar a sociedade e delinear o funcionamento do espaço público e privado.

No momento em que o Supremo efetua o controle de constitucionalidade, tal ato deve ser encarado como sentença, sendo, portanto, um ato jurídico-processual e não um ato legislativo precedido do sinal negativo. Para superar a dicotomia nulidade (efeito *ex tunc*) / anulabilidade (efeito *ex nunc*), deve-se analisar a eficácia.

É, portanto, a sentença constitucional que regulará os efeitos da relação de inconstitucionalidade e a eficácia da lei. A teoria de Kelsen, bem como a função da jurisdição constitucional, descritas como atribuições de um Tribunal Constitucional, no Brasil, ficaram resguardadas pelo Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o controle de constitucionalidade abstrato, conforme art. 102 da Constituição federal.

⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Segundo o artigo 92 da Constituição federal⁸⁰, o Supremo Tribunal Federal integra o ápice do organograma do Poder Judiciário brasileiro, sendo a sua composição feita por ministros indicados pelo Presidente da República, os quais serão submetidos à aprovação do Senado Federal por maioria absoluta, conforme o artigo 101 da Carta Constitucional brasileira.⁸¹

Diferentemente dos Tribunais Constitucionais, o Supremo Tribunal Federal integra o organograma do Poder Judiciário. O exercício da jurisdição constitucional pressupõe a supremacia da Constituição. Já a manutenção do texto constitucional prescinde de mecanismos instrumentalizados para coibir iniciativas que contrariem a Constituição.

Foi em 1919 e na Europa que surgiu a primeira experiência de Tribunal Constitucional, na Áustria, inspirado pelos estudos de Hans Kelsen. Após a 2ª Guerra Mundial, muitos Tribunais se utilizaram dessa experiência.

Na Alemanha, ao longo do desenvolvimento da jurisdição constitucional, houve mudanças em relação à concepção e força dos direitos e garantias fundamentais. Até o final do século XIX, tais direitos limitavam o Poder Monárquico, mas eram incapazes de limitar as atividades do Legislativo, que deste modo era capaz de ampliar ou reduzir os direitos e garantias fundamentais.

A previsão, portanto, das garantias e direitos fundamentais era de extrema fragilidade, ao ser posta frente às vontades do Legislativo alemão. Na Constituição de Weimar, de 1919,

⁸⁰ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁸¹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

não foi previsto um Tribunal de Controle de Constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Para Peter Haberle⁸², os requisitos necessários para a concretização de uma jurisdição constitucional autônoma são:

- Implementação de um órgão de *status* constitucional, cuja função precípua é a guarda do texto constitucional.
- O Brasil, com a Constituição de 1988, previu com esta prerrogativa o Supremo Tribunal Federal em seu artigo 102, conforme exposto anteriormente.
- Fundamental para manutenção da estrutura que terá como finalidade a manutenção da ordem constitucional é a sua legitimidade.

Portanto, salutar que a composição se dê com transparência, participação e monitoramento dos outros Poderes e da Sociedade Civil. Neste ponto, notamos uma necessidade de evolução decisória na escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, vez que há a concentração da nomeação no chefe do Poder Executivo, conforme demonstrado pelo artigo 101 da Constituição federal. Ainda segundo Haberle:

- Os atos da Corte Constitucional devem ser transparentes e de ampla publicidade;
- Para garantia de previsibilidade e ordem do sistema jurídico, é necessário que a Corte Constitucional construa jurisprudências racionais e de fundamentação sólida, de modo a garantir segurança ao cidadão.
- Estabelecer as competências e funções são considerações importantes para o melhor cumprimento da Corte Constitucional.
- Dentre as competências da Corte Constitucional, deve necessariamente a corte: (i) garantir a proteção e a concretização de direitos fundamentais, dialogando inclusive com os pactos internacionais de direitos humanos; (ii) permitir a proteção da democracia e do Estado Democrático de Direito, ou seja, a primazia da Constituição federal; (iii) assegurar o equilíbrio entre os três poderes; (iv) resguardar o pluralismo e com ele a proteção das minorias de todo o tipo; (v) contribuir para a inserção pacífica do Estado Constitucional nas Comunidades de responsabilidade regionais e internacionais; (vi) assegurar a atualização cautelosa do texto constitucional

⁸² HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. p. 166.

por meio de pormenorizada fundamentação quando julgar adequado alterar seu posicionamento já consolidado em sua jurisprudência⁸³.

E, por fim, “autoconsciência da Corte Constitucional para não permitir que convicções e ideologias pessoais possam penetrar o sistema jurídico por meio das decisões judiciais, contaminando o contrato social de uma Comunidade Política”⁸⁴.

Uma das críticas apresentadas ao fato de o Supremo Tribunal Federal acumular a função de Tribunal Constitucional e ser a instância extraordinária se dá em razão da sua composição. Os Tribunais Constitucionais, como na Alemanha, possuem uma composição que considera indicações dos três poderes, sendo a sua estrutura paralela aos demais Poderes, não estando, portanto, no organograma de nenhum deles.

A Corte Constitucional, conforme inúmeros modelos da Europa, funciona como o tribunal de todos os poderes, tendo seus representantes mandatos certo e transitório, vedada a recondução.

Para fortalecer a legitimidade do Supremo Tribunal Federal no Brasil, seriam convenientes medidas como: a retirada do STF do organograma do Judiciário, de modo a torná-lo um órgão suprapoderes; aumento da representatividade na sua composição mediante indicação por parte dos demais Poderes, e não apenas por parte do Executivo; criação de mandatos para o exercício do cargo de Ministro do STF, em substituição ao atual regime de vitaliciedade⁸⁵.

Tais medidas deveriam ser promovidas por emenda constitucional, uma vez que a organização do STF está calcada na Constituição federal.

Há no Brasil hoje uma concentração de atribuições ao STF superior à quase totalidade dos países democráticos, uma vez que o STF é capaz de editar súmulas vinculantes e julgar ações declaratórias com efeito vinculante. A concentração de atribuições no STF propicia uma

⁸³ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. p. 171.

⁸⁴ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. p. 171.

⁸⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 147.

imensa autonomia do relator, o que torna compreensível a afirmação do jurista Canotilho de que o Supremo Tribunal Federal do Brasil é o tribunal mais poderoso do mundo⁸⁶.

Portanto, alterar e distribuir esta concentração de funções e tornar o sistema eficiente, com barreiras à práticas autoritárias moduladas sob a justificativa de medidas de exceção e, portanto, toleráveis, é o que se pretende.

⁸⁶ Ver a entrevista conferida pelo jurista intitulada “O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo>. Acesso em 10 dez. de 2019.

TERCEIRA PARTE

3. Do controle de constitucionalidade às medidas de exceção: um conflito posto no Supremo Tribunal Federal no Brasil

A organização do Estado atual tem como retrospectiva diversos períodos da história, entre eles a Idade Média, marcada pelos feudos e pela divisão de poder.

Ao avançarmos para a Idade Moderna, encontramos o regime absolutista, em que, a partir dos feudos, passam a se formar grandes Estados e surge a figura do Rei, o qual possuía a soberania para decidir em nome daquele Estado. Nesse período, o Estado passa a ter direito frente ao seu povo, mas esse só possui obrigações frente ao Estado.

Com a ascensão do Iluminismo, o poder absoluto de origem divina é substituído e deslegitimado pela racionalidade. A partir deste momento, em especial com as revoluções americana e francesa e os reflexos no surgimento de suas respectivas Constituições, passa a existir a ideia de reconhecimento dos direitos do cidadão frente ao Estado.

Analisamos que, no século XX, a partir da teoria do inimigo de Carl Schmitt, o soberano passa a concentrar poder para manter a união do Estado e combater o inimigo. Este, ao longo do século XX, ganhou várias conotações, a depender da situação política do país.

Ocorre no século XX, a partir da figura do inimigo, a implantação de verdadeiros Estados de Polícia. Muitos com a alegação de que seriam provisórios, apenas para combater o inimigo ou salvar o país, mas na verdade perpetuaram-se em sua maioria por anos, implementando atos autoritários contra aqueles que definiram como inimigo.

Nos modelos contemporâneos de Estados, temos um novo fenômeno, que é a convivência do Estado Democrático de Direito formal com atitudes do Estado de Exceção.

A partir de uma influência positivista de Kelsen e Hart, temos que, em alguns casos, a fonte da exceção acaba sendo a própria jurisdição. Decisões que consagram exceção não geram jurisprudência. Para casos parecidos, alterando os envolvidos, o entendimento passa a ser outro.

Hoje, para além do inimigo estar presente dentro do Estado, no caso do Brasil como bandido – entre outras designações -, para se legitimar as agressões, a influência política

também constrói inimigos para alcançar objetivos como a alteração de poder sem passar pela via democrática.

Tal presença pressupõe maiores garantias jurídicas, sociais e políticas. A concepção de um Estado de Direito não pode se limitar à formalidade ou a uma parcela restrita da sociedade. Enquanto o Estado não ocupar toda a dimensão territorial de um determinado local, outras organizações cumprirão o papel e atuarão da forma como acharem conveniente.

A formatação da estrutura estatal brasileira, pelas influências já apresentadas, fez com que se concentrassem no Supremo Tribunal Federal as funções de proteger e valorizar o texto constitucional, a partir da análise de medidas que questionam diretamente atos normativos, mas também tem o STF a missão de tratar de casos concretos, e delinear, a partir de divergências sociais, conceitos sobre os quais nem mesmo o legislativo tenha se manifestado até o momento.

O fato de hoje o Supremo Tribunal Federal concentrar diversas matérias para apreciação faz dele uma corte inchada, que vez ou outra acaba por decidir sobre assuntos que, inevitavelmente, incorrem em ineditismo e até em exceção.

Se ao longo da história a preocupação latente foi construir uma estrutura capaz de conter o Poder Político, hoje entendemos que a preocupação é sobre como racionalizar e garantir maior fiscalização às iniciativas do Poder Judiciário, já que as medidas de exceção, quando emanadas de tal Poder, ganham ares de legalidade, dificultando, portanto, questionamentos por parte da sociedade.

3.1 Traços doutrinários e históricos das medidas de exceção

Em muitos países do mundo, há a sensação de que o Estado de Direito foi concretizado em sua integralidade. Ocorre que tal modelo de Estado é um projeto humano e também político, indo, portanto, além de um projeto jurídico. Assim, as garantias e valores, infelizmente, não foram estabelecidos para todos que circulam num determinado território. Na medida em que as desigualdades sociais persistam, a noção e a prestação de Estado de Direito terão compreensão diversa para cada sujeito, a depender das influências de sua realidade social.

Comparando os modelos de Estado de hoje com aqueles que foram implantados nos séculos XVIII e XIX, é possível concluir que são inúmeros os avanços no sentido da consolidação da democracia e do fomento e proteção às garantias e direitos fundamentais. Entretanto, sabemos que o Estado de Direito é uma construção diária. Toda vez que o Estado abusa de suas prerrogativas estaremos diante do Estado de polícia. Deste modo, afirma Zaffaroni⁸⁷:

(...) por isso, existe uma dialética contínua do Estado do direito real, concreto ou histórico, entre este e o estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.

O Estado de exceção, possivelmente por influência do positivismo analítico kelseniano, o qual confere ao intérprete autêntico a possibilidade de decidir conforme sua convicção, ainda que esta seja *contra-legem*, não reconhece a decisão de exceção como questionamento relevante para a jurisdição.

Não se trata, portanto, de reconhecer e visualizar um estado autoritário, mas um Estado de Direito em que medidas autoritárias são tomadas e, principalmente, como são legitimadas. A aparência de Estado de Direito é mantida, o que torna mais dificultoso identificar a medida de exceção.

A história não caminha em sentido único, mas sim em processos complexos, nos quais há a interface de valores, aspectos políticos e sociais que se relacionam de um período para o outro. Não há uma evolução na história, no sentido de não serem permitidos retrocessos civilizatórios. Assim, sobre o Estado de Direito, afirma o professor Marco Antonio Marques da Silva⁸⁸:

O Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da soberania popular, impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas no seu completo desenvolvimento.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 170.

⁸⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça pena e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 229.

O autor destaca ainda, como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito⁸⁹:

Tem por finalidade o pleno desenvolvimento dos cidadãos, através da superação das desigualdades sociais e reconhecimento dos limites da esfera de intervenção do Estado, de forma a realizar a justiça social e assegurar a dignidade da pessoa humana.

Um dos aspectos mais relevantes dessa ideia é a sujeição do Estado ao império da lei, mas da lei que realize os princípios da igualdade e da dignidade, ou seja, a um regime jurídico de legalidade qualificado pelo reconhecimento das garantias e direito individuais.

Ocorre que, mesmo no interior de Estados Democráticos de Direito, consumam-se medidas de exceção, para alguns juristas, medidas que pertencem ao direito ou medidas que representem a interrupção do direito.

Para melhor analisar o estado de exceção, em especial nos estados que tenham a forma de Democráticos, recorremos a alguns juristas que se debruçaram sobre o tema do Estado de Exceção, em especial Carl Schmitt e Giorgio Agamben. Para Carl Schmitt, o Estado de exceção representa a concentração de poderes no executivo, a plenitude dos poderes em um único ente. Já para Giorgio Agamben, o Estado de exceção figura-se como um vazio do direito.

Em seu livro Estado de Exceção⁹⁰, Agamben afirma que, na política contemporânea, o estado de exceção tende a servir como paradigma de governos, consolidando-se por medidas que, sob a justificativa de provisório e excepcional, acabam se consolidando como formas de governo.

A instauração do Estado de exceção, segundo Agamben, se dá pela “guerra civil legal”, em que a ordem civil vigente é suspensa, adotando-se outro modelo, até que a normalidade seja recuperada. Ocorre que esse caráter de provisório adotado para resgatar a normalidade acaba tornando-se permanente, como ocorreu na Alemanha nazista, com a publicação do

⁸⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça pena e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 229.

⁹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

Decreto “para proteção do povo e do Estado”, o qual suspendeu dispositivos que garantiam a liberdade individual anteriormente previstos na Constituição de Weimar.

Novamente em seu livro, Agamben afere como se dá e as razões de ser da “guerra civil legal”⁹¹:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que não eventualmente declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Assim, diferente de Carl Schmitt, que defende a exceção como fruto da situação excepcional e temporária, Giorgio Agamben estabelece o interior da rotina das sociedades democráticas como sendo o espaço da soberania absolutista.

Para o professor Pedro E. A. P. Serrano, em seu livro *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*⁹²:

As medidas de exceção percebidas na rotina democrática variarão de forma e legitimação, dependendo do grau de desenvolvimento do país em que são verificadas. Nos países de capitalismo tardio e periférico, como na maior parte da América Latina, há um Estado de exceção permanente (de fato), que convive com um Estado de direito permanente (formal).

Portanto, para Agamben⁹³, “o estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. É um período notoriamente identificado pela grande presença do Estado de exceção como paradigma de governo, em

⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p.104-107.

⁹² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 27

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 13.

especial pela progressão dos poderes do Poder Executivo, extrapolando as suas competências, utilizando como instrumento a publicação de decretos. Assim, comenta Giorgio Agamben⁹⁴:

A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo.

Para o professor Pedro E. A. P. Serrano, os exemplos são muitos⁹⁵:

São vários e pertencem a quase todas as sociedades democráticas ocidentais: a prisão de Guantánamo e o *Patriot Act* nos EUA, o trato não humano destinado a estrangeiros em países europeus, o excesso de medidas provisórias no Brasil, as façanhas do BOPE, além de medidas judiciais legitimadoras da exceção, tais como a decretação de prisões preventivas com finalidades transversas (obtenção de delações premiadas e confissões, por exemplo) e as condenações sumárias de presos políticos, sem obediência aos mais elementares direitos fundamentais.

Cabe aqui esclarecer que as razões estão ligadas ao conceito de inimigo, aquele ser indesejado na sociedade, que não possui a garantia mínima dos direitos fundamentais. A existência do inimigo acaba por incentivar e legitimar a exceção e o aumento de poder do soberano. Sobre o inimigo, Zaffaroni afirma⁹⁶:

Por isso, a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra), sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é pessoa.

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 19.

⁹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 29.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 152-3.

Assim, os casos de totalitarismo nas democracias contemporâneas fizeram-se presentes por meio do Estado de necessidade, gerados por inimigos escolhidos pelos soberanos.

O Estado de exceção não se deve comparar com o estado de sítio, defesa ou qualquer medida prevista no ordenamento constitucional. O Estado de exceção, conforme estabelece Agamben, representa uma medida fora daquilo que é Direito, e tem a jurisdição como sua fonte⁹⁷:

O estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite.

Logo, cabe expor que há duas exceções no interior da democracia. Existe a exceção prevista para casos extremos, chamada de exceção aparente, que ocorre na existência de uma guerra, estado de necessidade ou de calamidade pública e está prevista no ordenamento jurídico, no caso do Brasil nos artigos 136 a 141 da Constituição federal, são os chamados estado de defesa e estado de sítio. E existe a exceção real, em que, por vontade política do soberano, sem respaldo constitucional legítimo, e impondo submissão da realidade jurídica ao fato político, suspende-se o direito.

Com primorosa exposição, o jurista Pedro E. A. P. Serrano estabelece que⁹⁸:

Esse tipo de exceção se caracteriza ainda pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito, por uma provisoriedade inerente, já que não se trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas, e por seu fim eminentemente político-soberano, em que o poder se apresenta de forma bruta. Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz “jurisprudência” para situações semelhantes juridicamente, mas diferentes politicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção.

Já Giorgio Agamben, ao encarar a questão relativa à exceção estar dentro ou fora do ordenamento jurídico, afirma em sua obra que⁹⁹:

⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p.15.

⁹⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 35.

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

Para Carl Schmitt, a exceção se revela dentro da ordem jurídica, ainda que a decisão do soberano não encontre respaldo jurídico posto, uma vez que o soberano possui a prerrogativa de ir além daquilo que está positivado. Ainda sobre o estado de exceção e da importância de termos a sua compreensão, Carl Schmitt adverte que¹⁰⁰:

(...) uma filosofia da vida concreta não pode se retrair diante da exceção e do caso extremo, porém deve interessar-se por isso em grande medida. A ela deve ser mais importante a exceção do que a regra, não por uma ironia romântica pelo paradoxo, mas com toda a seriedade de um entendimento que se aprofunda mais que as claras generalizações daquilo que, em geral, se repete.

A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive de exceção.

Para o alemão Hans Kelsen, a exceção é em alguma medida ignorada, uma vez que, ao tentar delimitar a sua teoria apenas com fenômenos jurídicos e, assim, garantir ao intérprete a possibilidade de decidir até contra a lei, isso faz com que o fenômeno da exceção, que se apresenta como um fenômeno jurídico, mas também político, perca relevância.

Ao garantir ao intérprete a possibilidade de qualquer decisão, uma vez que ele está munido de uma lei superior, isso permite que o fenômeno da exceção não seja exposto. Desta forma, o poder soberano, que na Idade Moderna era de exercício único do rei, agora, com a teoria de Hans Kelsen, é representado por aquele que decide os acontecimentos jurídicos.

Para Norberto Bobbio, a soberania da norma e, sobretudo, de todo o ordenamento, é quem detém a soberania diante da decisão. Nesse sentido, afirma: “A soberania caracteriza

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 38.

¹⁰⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 15.

não uma norma e sim um ordenamento, ou seja, caracteriza a norma apenas enquanto parte do ordenamento¹⁰¹.

Embora sejam comuns muitas análises críticas ao pensamento kelseniano, repudiando a prerrogativa daquele que decide ter liberdade para decidir além ou contra a lei, é comum em diversos tribunais encontrarmos decisões que atendam à convicção pessoal de quem decide, deixando de lado o ordenamento jurídico.

3.2 A exceção para Carl Schmitt

Carl Schmitt apresenta-se como um importante teórico dos regimes autoritários do século XX. Para ele, a formação do Estado deve-se às decisões, tendo estas a importância necessária para formá-lo, e não à lei formal.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici preleciona que¹⁰²:

O fundamento da democracia na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois para Schmitt, a igualdade é política, portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo.

Para Schmitt, a soberania de uma nação está diretamente relacionada ao grau de homogeneidade de seu povo. Assim, quanto mais igual for um povo, maior será sua união e sua soberania. Homogeneidade não se trata de igualdade, mas sim de compartilhar os mesmos hábitos, crença, valores, cultura e etnia. Aqui cabe registrar que foi a partir deste conceito de homogeneidade que o nazismo se estruturou.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 158.

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 79.

Ao expor uma sociedade mais homogênea, Schmitt apresenta críticas ao sistema representativo das democracias. Para ele, esse sistema é autoritário, já que alguns, em razão de apoio financeiro, serão eleitos e terão a legitimidade para decidir em nome de todos, mas que, na verdade, decidirão em nome daqueles que sustentaram a vitória e, sobretudo, de acordo com o seu próprio interesse.

Esse sistema representativo, com a escolha de diversos representantes de classes sociais distintas, fortalece a desunião de um povo. Para Schmitt, a escolha do líder de um povo deve ser consequência do seu carisma e liderança. Assim como na família os filhos reconhecem a liderança dos pais, o povo reconhece a liderança do seu líder. A relação de “pertencimento” que existe entre filhos e pais deve existir também entre o povo e seu líder.

A decisão tomada pelos representantes, para Schmitt, não é válida ou inválida, mas sim legítima ou ilegítima - e quanto mais unido for um povo, mais legítima é a decisão.

Com inspiração grega, Schmitt acredita na democracia em que a maioria decide. Para ele, deve prevalecer a escolha da maioria, não sendo respeitados, assim, os direitos da minoria e nem os direitos individuais. A escolha do líder deve ser por aclamação e, uma vez que o povo esteja insatisfeito, o líder deve ser alterado. A soberania defendida por Schmitt só é possível no estado de exceção, momento em que direitos individuais são afastados, deixando as decisões para o líder, não respeitando assim as garantias e direitos previstos num Estado de Direito.

A ideia do inimigo é tratada por Schmitt com muita atenção, pois é definindo o inimigo que é possível construir a paz interna. Assim, Zaffaroni esclarece que¹⁰³:

Mais ainda, em Schmitt, guerra e política superpõem-se, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, porque exige que todos se unam frente ao inimigo e não lutem entre si. Daí que a teoria da política de Schmitt, embora sustente a sua famosa polaridade, não se ocupa do amigo nem da amizade, sendo praticamente uma teoria do inimigo.

Para Schmitt, a base do Estado e do Direito é a decisão política, e não uma norma jurídica posta, como outros doutrinadores alegam.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 139.

O regime de exceção, segundo Carl Schmitt, diferencia as ditaduras comissária e soberana. Para ele, a primeira tem a finalidade de salvaguardar a ordem constitucional, enquanto a segunda representa a derrubada da ordem constitucional vigente, a partir da vontade do povo.

Agamben, ao definir o Estado de Exceção, afirma que o mínimo de formalidades gera o máximo de aplicação real, fazendo com que norma e decisão tenham sua relação.

Para o professor Pedro E. A. P. Serrano¹⁰⁴, “a decisão soberana quanto à exceção não põe fim a certo ordenamento, mas o suspende, fazendo valer, em determinadas ocasiões excepcionais, a legitimidade sem lei”.

Assim, enquanto que para Hans Kelsen o Estado é fruto do direito e a ele submetido, Carl Schmitt compreende o Estado como um fenômeno anterior e prevalecente ao direito.

Schmitt recorre-se a Jean Bodin para se basear na prevalência da decisão para definir e consolidar o ordenamento jurídico. Para Bodin, o único limite da soberania seria a lei natural e divina, uma vez que ela era proveniente de origem divina, tendo, assim, o príncipe o direito de exercê-la de modo vitalício.

Assim, Schmitt socorre-se de Bodin para abordar e construir o Estado de Exceção, estabelecendo algumas similaridades com o que foi o estado absolutista, em que o poder se concentrava na figura do rei, que era escolhido por orientação divina.

3.3 Teoria da Exceção na Contemporaneidade

A partir de uma análise histórica, considerando momentos em que, por alguma razão, houve um comando ou decisão que fortaleceria a imagem de alguém, fosse pessoa ou instituição, para dar uma resposta a um determinado momento, podemos lembrar que durante o Império Romano, havia a figura do *iustitium*. Tal termo representa a interrupção/suspensão do direito. Trata-se de um estágio provocado pelo Senado no Império Romano para salvaguardar o Estado. Diante de uma situação de risco para a República, estabelece Pedro E. A. P. Serrano¹⁰⁵:

¹⁰⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 56.

¹⁰⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 61.

Ao sinal de perigo para a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum*, requerendo alguma medida necessária à salvação do Estado. Esse pedido baseava-se num decreto que declarava o *tumultus* (uma situação de emergência) e dava lugar, habitualmente, à proclamação do *iustitium*.

Logo, não se trata da concretização de uma ditadura ao se chegar ao *iustitium*, mas de um vazio do direito necessário para se manter a ordem vigente. Questiona-se muito em relação à natureza do *iustitium*, uma vez que, durante a sua vigência, não há previsão ou determinação jurídica que deva ser seguida por aqueles que estão sob seu decreto.

A situação jurídica é um elemento sempre investigado pelos doutrinadores em relação ao Estado de Exceção. Segundo Pedro E. A. P. Serrano¹⁰⁶:

Como Carl Schmitt, Giorgio Agamben constata a posição paradoxal do soberano em relação à ordem jurídica: de um lado está dentro dessa ordem, e de outro, está fora. Está excluído da ordem jurídica, pois só é soberano por poder suspender a validade e a eficácia da ordem jurídica, e está nela inserido porque é essa mesma ordem que reconhece o poder de estabelecer a exceção e de suspender sua própria validade.

Trata-se, portanto, de um caso de extrema complexidade, pois, ao mesmo tempo em que o direito é suspenso, ele legitima a decisão do soberano de suspendê-lo.

Diferenciando-se de Carl Schmitt, que compreende o Estado de Exceção a partir de uma decisão política, e de Hans Kelsen, que compreende a exceção como a possibilidade a partir de uma norma jurídica superior, Giorgio Agamben afirma¹⁰⁷:

(...) não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.

¹⁰⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 63.

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p.35.

Logo, temos que o conceito de exceção encontra-se no limite daquilo que é jurídico e político.

Agamben aponta que, no interior das democracias atuais, convive o Estado de Exceção, que faz com que um alto número de pessoas vivam desprovidas de respaldo jurídico, político e garantias de direitos mínimas. No caso do Brasil, podemos exemplificar com a atuação das polícias militares nas periferias, que muitas vezes cometem homicídios que sequer são investigados.

Casos recentes também revelam a exceção dentro de democracias consolidadas, como é o caso dos refugiados em diversos países europeus.

3.4 A necessária presença da figura do inimigo

O Estado de Exceção, em verdade, cumpre a finalidade de ser a barreira do Estado absoluto de polícia. Segundo o professor Pedro E. A. P. Serrano¹⁰⁸:

A palavra exceção vem da Constituição de Weimar, cujo instituto permitia que, em situações excepcionais, o governante pudesse instaurar um regime provisório de ditadura para solucionar os problemas emergenciais que colocassem em risco o próprio Estado.

Portanto, a exceção surge numa situação especial e justifica-se para garantir a sobrevivência do Estado.

No Estado de Exceção, a soberania prevalece sobre o direito. Com o discurso da provisoriedade e da necessidade, os direitos fundamentais são suspensos para garantir mais poder a quem decide.

Sobre tal afirmação, Zaffaroni nos esclarece¹⁰⁹:

O certo, porém, é que a invocação de emergências justificadoras de Estado de exceção não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa

¹⁰⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 69.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 14.

posterior à Segunda Guerra Mundial, constatamos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de segurança latino-americana.

Essa justificativa, que leva à suspensão de direitos e à concentração de poderes, ocorre pela invocação do inimigo, figura que não merece nenhuma proteção jurídica ou política e desperta medo na sociedade. Para combater esse inimigo, faz-se necessária a presença de um Estado autoritário.

Os períodos históricos misturam-se, de modo que características do período anterior acabam se perpetuando para o período seguinte. Assim, a construção do Estado de Direito é constante, pois mesmo que o Estado de Direito seja a figura do Estado, muitas são as violações que ocorrem diariamente.

É possível enxergarmos que mesmo num Estado em que o direito prevalece, há acontecimentos que demonstram a existência do Estado de polícia e a prevalência, em casos específicos, da soberania sobre o direito.

Opõe-se a figura do inimigo à figura da pessoa. A figura da pessoa indica a existência de garantias fundamentais de todo o ser humano. Já a figura do inimigo, por representar perigos para a sociedade, é um ser que não nutre nenhuma proteção.

As figuras da pessoa e da igualdade de direitos vêm da influência do catolicismo. Segundo o professor Pedro E. A. P. Serrano¹¹⁰:

Ao divorciar o homem de sua apropriação como coisa para tratá-lo como filho de Deus, membro de uma imensa família humana, aliou-se a noção de homem à de igualdade e justiça. Todos somos essencialmente iguais porque originários do mesmo Pai. A noção de humanidade se sobrepôs à noção de povo, materializando-se universalmente e ganhando contornos no direito positivo por meio do princípio da dignidade humana.

Assim, no momento em que a exceção é aplicada contra alguém, tal sujeito perde a figura de pessoa.

¹¹⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 73.

3.5 Os reflexos da aplicação da medida de exceção na dignidade humana, justiça e igualdade

3.5.1 Dignidade humana

A dignidade humana surge na Constituição federal de 1988 como grande baliza dos direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Constitucional. O conceito de dignidade vem de *dignitas*, relacionado à honra, valor inerente a todo ser humano. Ao longo da história, o conceito e a aplicação da dignidade humana vêm evoluindo, qualificando assim o tratamento aos pares.

O conceito de dignidade humana é fundamental também para balizar a relação entre cidadão e Estado. Tendo essa força para fazer valer suas vontades, é preciso que a pessoa humana seja tratada e respeitada com dignidade para que, assim, violações a direitos fundamentais não ocorram.

Notamos, de modo mais escancarado, violações à dignidade humana na persecução penal realizada por parte do Estado. O *jus puniendi* no Brasil, em inúmeros casos, ocorre com violação à dignidade da pessoa humana. Diante disso, o doutrinador Marcos Antônio Marques da Silva nos indica caminhos a serem seguidos pela persecução penal¹¹¹:

(...) uma simplificação da Justiça Penal através de meios alternativos à pena privativa de liberdade e procedimentos mais céleres quando houver uma infração penal cujo potencial lesivo seja menor ou o bem jurídico protegido seja daqueles afirmados disponíveis. É o reconhecimento de que muitas vezes o melhor modo de se garantir o acesso à justiça não é a opção pela rígida imposição da pena, mas pela busca de uma solução que promova uma pacificação social sem a interferência do Estado, assim que devem ser buscadas para a Justiça Penal soluções conciliatórias entre as partes envolvidas como alternativas às sanções penais.

Assim, a dignidade da pessoa humana aparece na Constituição não como valor ou princípio superior às demais normas e regras, mas como luz que orienta e garante unidade a todo o sistema jurídico.

¹¹¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça pena e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 80.

Uma dificuldade corriqueiramente encontrada a respeito da dignidade humana é em relação a sua definição e concretude. Por tratar-se de um princípio, muitas vezes encontramos situações em que sua aplicação acaba tendo dificuldades para se verificar. Assim, Jorge Miranda, tendo o direito português como parâmetro, nos apresenta características que sintetizam a dignidade da pessoa humana¹¹²:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicologia) de autodeterminação;
- g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais;
- h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas da vida material;
- i) O primado da pessoa é do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- k) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular;
- l) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa.

Assim, esta breve exposição sobre a dignidade da pessoa humana faz-se necessária, uma vez que a implementação de medidas de exceção tanto pode atingir algumas instituições para o fortalecimento de outras como pode atacar pessoas, desrespeitando, assim, todas as garantias previstas num Estado democrático de Direito.

3.5.2 Justiça

¹¹² MIRANDA, Jorge. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais**. In: SILVA, Marco Antônio Marques da e MIRANDA, Jorge (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Lisboa: São Paulo: Editora Almedina, 2ª edição, 2009, p. 170.

O objetivo aqui é abordar, ainda que de forma superficial, o tema da justiça, relacionando as formas de estados e as suas complexidades internas. Nos estados contemporâneos, em especial a partir de 2013 no Brasil, em razão da ebulição de manifestações populares, e também na América Latina, notamos um acirramento da dicotomia liberdade individual *versus* justiça social.

Esta problemática nos coloca diante de diferentes entendimentos acerca daquilo que pode ser justo. De modo geral, enquanto alguns creem que justiça é ter a liberdade plena e o Estado com pouca ou nenhuma gerência na sociedade, para outros justo é a garantia da justiça social, de igualdade material presente na sociedade, a qual pode vir a ser garantida com a presença e atuação do Estado. Nesse sentido, Michael Sandel afirma que¹¹³:

(...) perguntar se uma sociedade é justa é perguntar de que forma distribuimos coisas que prezamos – riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honras. Uma sociedade justa distribui essas coisas de maneira certa; dá a cada pessoa aquilo que ela merece. As questões difíceis começam quando perguntamos o que é que as pessoas merecem e porquê.

Já na relação entre justiça e liberdade, Sandel esclarece que¹¹⁴:

Kant e Rawls rejeitam a teleologia de Aristóteles porque parece não nos deixar margem para escolher o nosso bem por nós próprios. É fácil de perceber de que modo é que a teoria de Aristóteles dá origem a este receio. Ele considera a justiça uma questão de adequação entre pessoas e os fins ou bens adequados à sua natureza. Mas nós temos tendência para considerar a justiça uma questão de escolha e não de adequação.

Avaliando outros aspectos que a justiça circunda, em especial quando analisamos a estrutura de um Estado, notamos que a facilidade ou dificuldade que o cidadão possui para acessar a justiça aponta para como, em verdade, estamos garantindo a justiça na prática, no cotidiano das pessoas. Para além de um debate mais conceitual, o acesso à justiça ilustra

¹¹³ SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 28.

¹¹⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 46.

concretamente como o Estado fornece os meios para que os cidadãos tenham seus direitos garantidos. Nesse sentido, o professor Pedro E. A. P. Serrano afirma¹¹⁵:

O acesso à Justiça, em um Estado democrático de direito, deve ser entendido como a possibilidade do cidadão obter a prestação jurisdicional sempre que necessitar preservar o seu direito, o que deve ser proporcionado pelo Estado de maneira imparcial (advir de um magistrado independente política, econômica e moralmente, e que essa independência seja garantida constitucionalmente), rápida (do contrário, o cidadão irá afastar-se da busca da preservação do seu direito), eficiente (adequada ao direito julgado) e eficaz (o comando contido na decisão deve ser cumprido com toda sua força, em tempo razoável).

Deste modo, a justiça, com todas as suas facetas, deve em um Estado Democrático vir a ser garantida em vários aspectos. Além de ser garantida, a justiça deve ser vigiada para não legitimar ações que agridam o Estado Democrático de Direito.

3.5.3 Igualdade

O conceito de igual surge, também, por influência do catolicismo, garantindo que todos os povos pertencem à imensa família humana. Com esse pressuposto de igualdade, concluímos que todo ser humano merece tratamento e garantias iguais, uma vez que para isso basta ser humano. Antes, porém, o conceito de povo limitava-se a uma determinada região, congregando valores, hábitos culturais, etnia etc.; e aquele que fosse de outro lugar, pertenceria a outro povoado. Ocorre que, ao existirem diferentes povos, muitos acabavam tornando-se inimigos, fazendo com que, ao inimigo, não fosse prevista nenhuma garantia mínima.

Essa ideia de inimigo perpetuou-se ao longo da história e hoje, comumente, encontramos esse discurso para justificar a implementação de medidas de exceção, o que retira garantias básicas do inimigo e, por consequência, desrespeita o conceito de igualdade.

Durante a 2ª Guerra Mundial, o inimigo, para o povo alemão, foram os judeus. Nos EUA, a partir de 2001, o inimigo passou a ser o terrorista, identificado como muçulmano. No Brasil atual, o inimigo é o bandido, aquele que perturba, que vive nas periferias das cidades e

¹¹⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 86.

o sujeito corrupto, e, por suas características étnicas e sociais, não merece o tratamento enquanto pessoa, não tendo assim a garantia de direitos fundamentais básicos.

A ideia de igualdade surge a partir de um Estado formado. Para John Locke, a partir do contrato social, de natureza humana, é que surge o Estado. Assim, os pactos realizados no interior do estado deveriam ser seguidos. É do Iluminismo o entendimento de que a soberania possui um reconhecimento maior que o direito.

Assim, toda e qualquer desigualdade cometida pelo Estado deve ser para atender à máxima aristotélica de que os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais, de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. A aplicação da soberania, desrespeitando o direito e agredindo prerrogativas básicas, evidencia a exceção e o desrespeito ao princípio da igualdade.

3.6 A alteração da fonte de exceção: do poder político para o poder jurídico

Em momentos anteriores da história, formulou-se a tripartição dos poderes, entre outras finalidades, para que fosse possível a contenção do poder político. A partir do aprendizado gerado pelos governos absolutistas, fez-se necessário a construção de uma estrutura capaz de conter a concentração de poderes e os anseios daqueles que detinham o poder político.

Ocorre que, mais recentemente, há um novo fenômeno muito presente: o ativismo judicial, o qual desperta a atenção e estudo de muitos doutrinadores. Esse fenômeno revela-se no momento em que o Judiciário passa a agir para além de suas previsões. Entrando na esfera de outros poderes e, muitas vezes, cumprindo o papel que seria do Legislativo ou do Executivo.

Para ilustrar estas afirmações, temos Lênio Luiz Streck, combatente incansável e coerente do ativismo judicial¹¹⁶:

De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. O problema do ativismo surge exatamente no momento em que

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22, nota 9.

a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal”.

Deve-se nesta oportunidade registrar que a exceção não se confunde com decisões discricionárias. A exceção, dentro de um Estado Democrático de Direito, estará presente na jurisdição quando suas decisões apresentarem a desconstrução do direito com finalidade política, seja para suspender regimes democráticos, como ocorreu recentemente no Brasil, seja para suspender direitos fundamentais de pessoas que são tratadas como inimigos por parte do Estado. Assim, afirma o professor Pedro E. A. P. Serrano¹¹⁷:

(...) a jurisdição como uma fonte possível de decisões de exceção na contemporaneidade é das mais complexas. E é necessário observar que esse fenômeno pode ocorrer em dois sentidos: como decisão jurisdicional ocasionadora ou legitimadora da interrupção inconstitucional da normalidade democrática ou como decisão suspensiva de direitos fundamentais do ser humano.

No sistema democrático brasileiro atual, cabe ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se por último e assim conceder entendimento as normas. Em países de Constituição analítica extensa, como é o caso do Brasil, em muitas oportunidades e matérias o Poder Judiciário é quem decide, pautando até o Poder Legislativo, incorrendo, assim, no ativismo judicial. Como exemplo, no Brasil, temos o caso da união homoafetiva, que representa um progresso para a sociedade brasileira, mas que não partiu de iniciativa legislativa e sim, do judiciário. Ou a situação da nova interpretação para o dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência e do cumprimento de pena após trânsito em julgado.

Um dos problemas do ativismo judicial, que pode se refletir e concretizar a exceção, é que muitas das decisões do Poder Judiciário valem para toda a sociedade - as chamadas decisões *erga omnes*.

Para o professor Pedro E. A. P. Serrano, três são as razões pelas quais, em países de colonização de exploração e capitalismo periférico, a jurisdição é deixada, incorrendo em exceção, a partir do agir do soberano¹¹⁸:

¹¹⁷ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 105.

¹¹⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 107.

- a) a presença de um Estado de exceção permanente que convive faticamente com uma democracia formal – a qual se realiza apenas na Constituição;
- b) a necessidade de produção de atos formais advindos de um poder parcialmente dominado pela expressão do conservadorismo, a fim de combater a ascensão ao executivo dos governos da esquerda democrática ou dos interesses que ela representa (movimentos sociais de reivindicação, normalmente contrários à prosperidade privada ou outras formas de dominação);
- c) a forte influência da tradição jusfilosófica representada pelo positivismo analítico – notadamente em Kelsen e Hart -, cujo paradigma subjetivo-idealista (esquema sujeito-objeto) acabou, em nome de sua pureza metodológica, alargando os limites da discricionariedade judicial.

Segundo o professor, a primeira razão ocorre pois, pelas experiências ditatoriais vividas nos países da América Latina, incluindo o Brasil, o Estado de Exceção convive internamente com o Estado Democrático de Direito. As práticas internamente são tidas como costumeiras, aplicando, assim, medidas de exceção num estado democrático.

O Estado Democrático de Direito em sua plenitude ocorre somente para os incluídos socialmente, que vivem em grandes centros urbanos, tendo as condições necessárias para se aplicar e alcançar o Estado Democrático de Direito, formalmente previsto.

Diferente da Europa, em que as medidas de exceção, via de regra, tendem a se limitar ao Legislativo, nos países periféricos encontramos medidas de exceção que atingem sujeitos, os quais, pela posição social e práticas adotadas, são desprovidos de suas características de pessoa, como é o caso de um traficante, corrupto ou assassino. Sobre isso, Zaffaroni nos esclarece que¹¹⁹:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas,

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.

Portanto, nestes casos, o objetivo pretendido é conhecido, antes e independente do procedimento adotado, o qual passa a ser mera formalidade para se atender o fim. Em casos de notório conhecimento da sociedade, em que passa a existir um clamor por uma decisão, sempre no sentido de condenar o réu ou inimigo, o juiz que ousa divergir deste entendimento passa a ser tratado como adversário social. Para que esta situação ocorra, a participação da imprensa é imprescindível, pois é ela quem infla os sentimentos da população para a finalidade que atenda aos seus anseios. Assim, argumenta Zaffaroni¹²⁰:

Os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado, como aconteceu em vários casos de países da região.

Desta forma, o Poder Judiciário incorpora a figura do soberano de Carl Schmitt, aquele que decide por último e decreta a exceção, delimitando o inimigo e retirando garantias mínimas previstas a toda pessoa.

Para a compreensão da exceção no sistema jurídico, temos que compreender a organização do sistema. Recorrendo a Hans Kelsen e à Teoria Pura do Direito, notamos que a norma hipotética fundamental, que confere validade ao sistema jurídico, é externa ao ordenamento. Para Hart, a norma que confere validade ao sistema jurídico é chamada de “regra de reconhecimento”. Ela possui um núcleo central, que para Hart é o respeito à dignidade humana e à faixas periféricas.

Sobre esta avaliação, o professor Pedro E. A. P. Serrano esclarece que¹²¹:

A questão comum relativa tanto à noção kelseniana de “norma básica” como à “hartiana” de regra de reconhecimento é a unidade do sistema jurídico e a

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 80.

¹²¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 112.

obrigatoriedade de suas fontes últimas. A noção kelseniana aponta para uma norma, pressuposta pelos juristas teóricos, que constitui uma condição de possibilidade de uma ciência jurídica pura, isto é, que exclua tudo aquilo que não pertence ao objeto determinado como jurídico. A noção hartiana, por sua vez, aponta para uma norma socialmente aceita e que representa a condição de existência.

Assim, podemos concluir que ambos os teóricos, Kelsen e Hart, pretendem dar uma unidade e validade a todo o sistema, de modo que ele possa ser aceito e aplicado pela sociedade.

Uma das finalidades do Positivismo, o qual tem Hans Kelsen como um dos expoentes, foi dar garantia aos direitos conquistados durante a vigência do jusnaturalismo, conforme afirma o professor Pedro E. A. Serrano¹²²:

(...) desde o momento em que o homem resolveu sair do estado de natureza e unir-se por meio de um pacto social, seu maior objetivo era ver garantidos e respeitados todos os direitos humanos. Afinal, queriam os homens viver em paz e harmonia, desfrutar da propriedade privada e dos seus bens, viver por mais tempo e com segurança..

Para qualificar a avaliação, é necessário também conhecer doutrinadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e assim analisar qual a inserção da exceção para tais doutrinadores. Para avançar nesta análise, cabe aqui, em síntese, registrar que o Positivismo, em sua concepção formal-objetivista do Direito, persegue uma metodologia científica pura, da qual é retirado o fenômeno da interpretação jurídica, voltando-se à discricionariedade e à subjetividade do julgador, que acaba por receber o poder soberano.

Logo, sobre Kelsen e o Positivismo, explica-nos o professor Pedro E. A. P. Serrano¹²³:

Ao observar a relação entre os elementos próprios do direito, que o compõem com exclusividade, Kelsen o define como um sistema dinâmico, ou seja, um sistema que se funda no poder e não no conteúdo; o direito não é justo ou injusto, mas uma norma jurídica é válida ou inválida emanada por uma autoridade competente, com poder para editá-la e em conformidade com uma norma imediatamente superior.

¹²² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 112.

¹²³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016, p. 118.

Portanto, para uma norma existir para o sistema jurídico basta estar em concordância com a norma superior. Assim, sabendo que sempre haverá uma norma superior que confere validade à norma inferior, é necessário encontrar o fechamento do sistema, que para Kelsen seria a norma hipotética fundamental. Tal norma não é elaborada por um corpo legislativo. Na verdade, trata-se de uma norma localizada fora do sistema jurídico, pertencente ao direito natural, algo supra-humano.

Para Kelsen, são inválidas as normas que não possuem nenhuma eficácia, ou seja, as normas que nunca ninguém cumpriu, e também as normas que possuem eficácia plena, independente do direito, ou seja, atitudes ou comportamentos naturais.

A decisão, segundo Kelsen, é proferida pelo intérprete autêntico, aquele que pertence à estrutura jurisdicional e que decide a partir de uma moldura, ou seja, valendo-se das possibilidades que a norma jurídica lhe oferece. A decisão do intérprete autêntico é o que garante a concretização do significado da norma. Ocorre que, para Kelsen, o intérprete pode decidir até fora da moldura, ou seja, contra a lei e contra o direito, configurando-se tal medida como de exceção.

Já Hart compreende o ordenamento jurídico a partir de duas regras. A regra primária estabelece comandos para o corpo social, determinando obrigações e proibições, já a regra secundária determina a competência e o modo como as regras primárias serão aplicadas, alteradas e identificadas pela sociedade.

Hart, diferente de Kelsen, entende que para os *easy cases*, ao aproximar a regra geral do caso concreto, encontra-se somente uma aplicação de norma para o caso, e não várias possibilidades dentro da moldura, como prevê Kelsen. Já para os *hard cases*, Hart se aproxima de Kelsen, prevendo a possibilidade do juiz decidir por um entendimento diante de várias possibilidades. Hart dá a esse tipo de decisão o nome de discricionariedade judicial.

Mais contemporâneos, os discursivistas, entre os quais se destaca Robert Alexy, partem da teoria de que a decisão não será fruto da interpretação subjetiva de um indivíduo afastado da realidade, mas da interação da linguagem, da comunicação e do entendimento dos princípios e ponderações.

Por fim, o Positivismo, ao prever a possibilidade da decisão do intérprete, fornece a possibilidade da prática da exceção pela jurisdição.

3.7 Caso concreto em que a estrutura do STF contribuiu para a manifestação de medida de exceção

A análise do sistema judicial brasileiro de controle de constitucionalidade, a qual nos apresenta um colegiado competente para proferir decisões de natureza constitucional sobre atos normativos questionados em caráter concentrado, comparando e analisando estruturas de outros países, nota-se que há uma grande concentração de temas sobre os quais a Suprema Corte brasileira precisa se manifestar.

A análise da construção da teoria das medidas de exceção também nos permite identificar que tal fenômeno tem obtido amparo justamente nas estruturas do sistema judicial. Ou seja, as decisões judiciais têm ensejado tal medida. Portanto, o sistema de justiça criado para conter medidas do poder político, hoje, é quem promove medidas que vez ou outra atentam contra o Estado Democrático de Direito.

Muitas são as hipóteses sobre a teoria da decisão judicial, que visa, a partir do conjunto do ordenamento jurídico, a estabelecer um método capaz de se determinar um percurso para que seja proferida a decisão judicial mais adequada. Ocorre que a previsão de tal método, dentro, portanto, da teoria da decisão judicial, acaba por ser consequência das influências doutrinárias daqueles que o elaboram.

Numa tentativa de melhor reorganizar o sistema de justiça brasileiro, compreendemos que, em virtude do Supremo Tribunal Federal brasileiro decidir sobre vários temas, acaba por incorrer em grande risco de ir além de suas atribuições, interpretando o texto constitucional de modo que avance a paradigmas que nem o Legislativo, espaço competente para produção de normas, alcançou.

Para ilustrar tal hipótese, é oportuno analisar a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 126.192, de 2016, que alterou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, possibilitando o cumprimento de sentença em divergência ao que estabelece o artigo 283 do Código de Processo Penal, sendo ele:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de

sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em consonância com o que estabelece o artigo 283 do Código de Processo Penal, temos a Constituição federal, que em seu artigo. 5º, LVII estabelece:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Ocorre que, diante de forte influência midiática, consequência da operação Lava-Jato, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, por maioria de votos, que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Neste caso, declarou o saudoso Ministro Teori Zavascki¹²⁴:

Até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.

Após tal julgamento, foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) a ADC 43, pleiteando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Em tal Ação consta o histórico de como o Supremo Tribunal Federal tem tratado o tema da presunção de inocência e do cumprimento de pena, expondo que, a partir de 2009, no julgamento do HC 84.078, assentou-se entendimento que impedia a execução provisória da pena, estabelecendo, portanto, interpretação em harmonia com o que determinam a Constituição federal e o atual Código de Processo Penal. Foi, portanto, em 2016 que tal entendimento sofreu alteração.

Tal caso expõe de forma clara e objetiva a problemática estrutural vivida pelo Supremo Tribunal Federal. Revela a prática de exceção, uma vez que o entendimento sobre a presunção de inocência e o cumprimento da sentença foi modificado, influenciado por características

¹²⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

específicas, em especial a finalidade da operação Lava Jato - não no que se refere ao combate à corrupção, mas quanto a quais supostos agentes corruptores combater. Possivelmente, em outro momento da história, com outros personagens envolvidos, ainda que os fatos imputados sejam semelhantes, as decisões judiciais serão em outro sentido. A exceção desta operação, no caso do cumprimento da sentença antes do trânsito em julgado, tende a se limitar a esse momento e a essa operação.

Além da exceção identificada, esse é um caso que ensejou iniciativa dos instrumentos que questionam a constitucionalidade dos atos normativos. Logo, o advento da ADC 43 surgiu para renovar os ares de constitucionalidade do artigo. 5º, LVII.

Portanto, o mesmo colegiado que alterou a interpretação de determinado dispositivo em um caso concreto, diante da análise das Ações de Controle de Constitucionalidade, em virtude de fatos externos ao campo do Direito, resgatou agora o entendimento consolidado desde 2009, reafirmando a constitucionalidade da presunção de inocência e garantindo que a pena para o condenado só se inicie após trânsito em julgado, conforme dita a Constituição federal. A problemática, portanto, evidencia-se no fato de que a mesma Corte, a depender de fatores internos e externos ao Supremo Tribunal Federal, acaba por alterar o entendimento em casos abstratos e concretos, o que provoca, entre outras consequências, insegurança jurídica para a sociedade brasileira.

Por séculos, a preocupação da contenção dos poderes teve como foco central o Executivo. Dito isso, é possível aferir que a construção e organização do Poder Judiciário no Ocidente moldou gatilhos e instrumentos capazes de equilibrar a atuação do Poder Executivo, em conjunto com o Poder Legislativo.

Na contemporaneidade, a partir de casos como o anteriormente narrado e em outros similares, em que o Poder Judiciário é quem acaba por criar novas realidades, indo além, portanto, de suas finalidades, faz-se necessária uma nova modelagem do Poder Judiciário, capaz de reduzir situações que possam ensejar medidas de exceção.

Em virtude de uma alta concentração de matérias a serem tratadas no Supremo Tribunal Federal, é compreensível que, vez ou outra, sobretudo em tempos de intensa e incessante influência midiática e social, a corte possa receber com maior força influências externas. Diante dessa possibilidade factível, é necessário um sistema de justiça com matérias melhor distribuídas, em espaços de decisão que não se confundam e com finalidades precípuas mais delineadas.

Ao julgar no caso concreto situações que ensejem inovação e até exceção por parte da Suprema Corte, quase que de modo consequente, tal decisão acarretará impacto no texto insculpido na Constituição. Ao identificar tal situação, a sociedade organizada poderá questionar, visando à proteção do texto constitucional e o mesmo colegiado que alterou no caso concreto a interpretação estará sujeito a analisar o questionamento apresentado.

Assim, proteger a Constituição, a partir de análises de medidas propostas em caráter concentrado, bem como julgar casos de natureza constitucional *in concreto*, exige do nosso sistema de justiça uma organização eficaz, de modo que as medidas de exceção encontrem maiores obstáculos para surgir no interior do Poder Judiciário. A busca, portanto, é por assegurar uma estrutura que possa reduzir a produção de medidas de exceção no interior do Estado Democrático de Direito pelo Poder Judiciário.

Diante da preocupação de inúmeros doutrinadores em analisar a decisão e o método teórico para alcançá-la, justificando a sua existência e a melhor valorização do Direito vigente, apresentamos a sugestão de se estruturar um sistema melhor distribuído. Assim, com maior fiscalização institucional, seria possível criar obstáculos estruturais capazes de evitar medidas de exceção, sobretudo, como foi exposto, aquelas que atentam contra a semântica do texto da Constituição federal.

Conclusão

Parafrazeando Jean Marcou, “o século XXI é o século do Poder Judiciário”. Nessa oportunidade, o parafrazeado estabelece uma análise das características de cada século, considera a evolução do constitucionalismo e os reflexos deste movimento na Constituição federal. Ele indica que o século XXI tende a ser um século que exigirá a efetivação dos direitos previstos, aprimoramento no controle de constitucionalidade e mecanismos de combate a práticas autoritárias e de preservação dos regimes democráticos.

O controle de constitucionalidade estruturado no Brasil, a partir do atual *design* institucional, representa engrenagem basilar para o funcionamento do Estado de Direito. É necessário, portanto, para manter a harmonia da tripartição de funções. A análise do instrumento de proteção da Constituição federal e o risco dele servir como instrumento legitimador de medidas de exceção em um Estado de Direito apontam uma preocupação a ser equacionada.

O objetivo máximo do controle de constitucionalidade é garantir a aplicação da Constituição e, em última análise, o Estado Democrático de Direito. Se a Constituição federal não contasse com um aparato capaz de assegurar suas disposições, sancionando os seus descumprimentos com a declaração de nulidade do ato impugnado, a força normativa da Constituição restaria fatalmente enfraquecida, causando flagrante desprestígio às suas disposições.

Ao analisar o *design* institucional do estado brasileiro, considerando a teoria das medidas de exceção, e sendo essa um sinal de que o direito e a sociedade à qual ele se destina não estão em harmonia, encontra-se traços de risco e até limitações por parte do Supremo Tribunal Federal, que deve proteger a Constituição federal e aplicá-la em casos concretos e abstratos, sem incorrer na prática da exceção.

No século passado, houve uma grande discussão de como conciliar democracia, compreendida como vontade da maioria, e constitucionalismo, compreendido como um sistema capaz de conter vontades majoritárias para privilegiar direitos fundamentais e minorias na sociedade.

Na contemporaneidade, é comum o Estado de Direito ganhar características, como Social ou Liberal, a partir dos governos e medidas aprovadas. O que se mantém, e se

estabeleceu como condição dos estados atuais no Ocidente, é a premissa de ser um Estado Constitucional ou Estado de Direito.

A evolução do Estado de Direito é passível de aferição quanto a suas pretensões e limites. Do Estado de Direito concebido em aspectos formais com a finalidade de contenção de poder, passou-se para um Estado de Direito material, que identifica e incide nas realidades com a finalidade de alterá-las e promover os direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, a separação dos poderes e a garantia do exercício da função contramajoritária fazem-se pilares de uma democracia consolidada, necessárias para o pleno desenvolvimento das instituições.

A separação de poderes representa base estruturante do Estado Democrático de Direito. É a sua racionalidade que possibilita o fracionamento e organização do exercício do poder estatal.

Ainda que seja uma formulação teórica de séculos, a aplicação da separação de poderes na contemporaneidade é vital para que a sociedade tenha um funcionamento harmonioso entre os poderes e garanta a proteção ao cidadão. É, portanto, central e atual a ideia de limitação do poder.

O exercício crucial é substituir a análise estática de conceitos estruturantes para que seja possível visualizar o funcionamento das estruturas atuais e, assim, identificar se há alguma distopia na prática. É necessária, portanto, a compreensão de que as estruturas de organização de um Estado são mutáveis e necessitam de acompanhamento e modernização periódica.

Em razão das novas formas de organização social, a estruturação dos Três Poderes carece de acompanhamento próximo para que as práticas diárias no interior das instituições não se autocorrompam.

A construção de freios, historicamente criados com a finalidade de conter regimes autoritários quando do advento da Democracia, a partir das revoluções do século XVIII, formaram-se em realidades e pretensões locais distintas. Ainda que o objetivo máximo tenha sido conter o autoritarismo e a concentração de poderes, as realidades inglesa e francesa relacionam-se com movimentos religiosos; já a realidade estadunidense exigia uma solução para a nova formatação institucional de colônias que haviam alcançado a liberdade do governo central.

Logo, o constitucionalismo e os freios que permitem a manutenção da democracia devem ser considerados em suas realidades específicas, em conjunto com seu funcionamento contemporâneo. O aprimoramento da separação de poderes e do constitucionalismo

historicamente se pretende a limitar o poder político. Da sua concepção até os tempos atuais, tal finalidade se mantém.

Se a concepção histórica e a construção do constitucionalismo apontam para uma necessidade de contenção do Poder Político, nesta quadra da história coloca-se um desafio: conter o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em práticas que possam ir além das garantias estabelecidas.

Além da discussão sobre as teorias da decisão judicial consideradas e aplicadas por cada magistrado, faz-se necessária uma estrutura que reduza as possibilidades de, em casos concretos ou abstratos, situações que foram insculpidas para proteger o texto da Constituição acabem por ensejar medidas de exceção, em virtude do contexto social, político ou econômico.

A base da tripartição de funções é a limitação estabelecida e a possibilidade de controles e correções do sistema. Assim, diante da construção do constitucionalismo e das experiências aplicadas, considerando os traços influenciadores do Estado brasileiro ao longo dos séculos, a separação das decisões abstratas e das decisões concretas pela instância extraordinária, seguindo modelos europeus, os quais adotaram as Cortes Constitucionais com predicados balizadores de seus membros, que possuem tempo de mandato definido, podem representar um mecanismo de correções de interpretações concretas e, ao mesmo tempo, o distanciamento necessário para que o colegiado composto possa decidir em abstrato sem influências personificadas a partir de casos com partes definidas.

Além deste modelo, a possibilidade de correções das decisões judiciais que declaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário deve ser ponto de reflexão para alcançarmos um sistema que potencializa o que foi preconizado pela Constituição federal de que “todo poder emana do povo”. Sendo assim, a última interpretação deveria partir daqueles que foram eleitos pelo povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ABBOUD, Georges; Oliveira, Rafael Tomaz de. **A gênese do controle difuso de constitucionalidade**. RePro, 229, 2014.

ACKERMAN, Bruce. **A Generation of Betrayal?** In: Fordham Law Review. Vol. 45, 1996-1997.

ACKERMAN, Bruce. **Constitutional Politics/ Constitutional Law**. In: The Yale Law Journal, Vol. 99, n. 3.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, n.II.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **On Revolution**. Harmondsworth, Penguin Books, 1973.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martins Fontes, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. El valor de la constitución.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed.1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2. Ed., 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XX. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. **Neoconstitucionalismo y derechos colectivos**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Casos Constitucionais**. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

EDLIN, Douglas E. **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **Controle de Constitucionalidade e exceção jurídica: a superação das regras constitucionais e a realocação judicial do poder**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos Fundamentales**. Apuntes de historia de las Constituciones. 5. ed. Madrid: Trotta, 2007.

HABERMAS Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HORST, Dippel, **História do Constitucionalismo Moderno**: Novas.

JOSÉ A, Montilla Martos. **Minoria Política & Tribunal Constitucional**. cit., n. 3.6.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug; et al. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEVITSKY, Steven; Zibblatt, Daniel. **Como as democracias morrem**. – 1ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LÖSING, Norbert. **La Jurisdicción Constitucional como contribución al Estado de Derecho**. In: Segado, Francisco Fernández (ed.). *The Spanish constitution in the european constitutional context: La constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003.

MATHEN, Carissima. **Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”**. In: Osgoode Hall L.J. Vol, 45 n. 1, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia Del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010.____. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MENDES, Conrado. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. Verbatim: São Paulo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 8ª ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. **O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa**. ed: Edições Almedina. Coimbra. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas.

NUNES, S. **John Locke e as teorias do direito de resistência de matriz luterana**. Cadernos Espinosanos, n. 38, p. 189-205, 30 jun. 2018.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: Composição e Indicação de seus Ministros**. Método: São Paulo, 2012.

RAINER, Wahl. **Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **“Estado de Exceção Permanente: uma realidade inevitável?”**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 1, n. 46, out 2007. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2328. Acesso em out. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Exceptions**. The University of Chicago Law review. Vol. 58, nº 2, 1991.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SEGADO, Francisco Fernandez. **La justicia constitucional ante el siglo XXI**: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: _____(ed.). *The Spanish constitution in the european constitutional context: La constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça pena e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio Marques da e MIRANDA, Jorge (Coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. Lisboa: São Paulo: Editora Almedina, 2ª edição, 2009

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALACHOW, W.J. **A common Law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Tradução de Aauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Sites acessados

Marques, Vitor. Serrano Nunes Junior, Vidal. **As distorções da representatividade a partir do sistema eleitoral brasileiro**. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/337298-as-distorcoes-da-representatividade-a-partir-do-sistema-eleitoral-brasileiro>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Entrevista “O Supremo do Brasil é o mais poderoso do mundo”. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/3353336/o-supremo-do-brasil-e-o-mais-poderoso-do-mundo>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/constEUA.pdf>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Disponível em: http://brazilians.ca/faq_direitos.htm. Acesso em: 10 de dez. 2019.

Emenda Constitucional Nº 88, de 7 de maio de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc88.htm#art1. Acesso em: 10 de dez. 2019.