

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**DIVISÃO DE PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIRETA:  
RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO E PRECISÃO CONCEITUAL DA FUNÇÃO  
NO SISTEMA BRASILEIRO**

**ADEMAR CYPRIANO BARBOSA**

**BRASÍLIA**

**2016**

**Ademar Cypriano Barbosa**

**Divisão de Poderes e Jurisdição Constitucional Direta: ressignificação do princípio e  
precisão conceitual da função no sistema brasileiro**

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, apresentada perante Banca Examinadora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

**Brasília**

**2016**

**Ademar Cypriano Barbosa**

**DIVISÃO DE PODERES E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIRETA:  
RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO E PRECISÃO CONCEITUAL DA FUNÇÃO  
NO SISTEMA BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Universidade de Brasília (UnB).

Brasília, 29 de março de 2016

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes - Orientador**  
Universidade de Brasília (FD/UnB)

---

**Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão**  
Universidade de Brasília (FD/UnB)

---

**Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes**  
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

---

**Prof. Dr. Fábio Lima Quintas**  
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Aos meus esteios de hoje,  
Silvia, Pedro e Laura.  
Aos meus esteios de sempre,  
Terezinha e Antônio Augusto.

## AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria se desenvolvido com a precisão e a sistemática concatenação de ideias apresentada sem a lapidação perpetrada pelo Professor Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, que assumiu a orientação já nos passos finais da pesquisa, mas foi extremamente importante para o resultado que agora se alcança.

Nesse momento, não poderia deixar de lembrar e de agradecer ao Professor Henrique Araújo Costa, meu primeiro orientador, que, por motivos burocráticos, não pôde terminar o trabalho iniciado, mas que teve todo o mérito de encorajar-me na realização da pesquisa, de traçar os primeiros passos para depois libertar-me à realização da investigação. Tenho muito a agradecer a todos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, especialmente aos Professores Gilmar Ferreira Mendes, Henrique Araújo Costa, Jorge Amaury Maia Nunes, Marcio Iório Aranha e Marcus Faro de Castro pelos enriquecedores encontros realizados ao longo do curso de pós-graduação e aos colegas, hoje amigos, Rodrigo Franz Becker, Saint'Clair Souto e Guilherme Cardoso Leite.

Renovo os agradecimentos ao Professor Jorge Amaury Maia Nunes, agora pelo auxílio dado, há alguns anos, na delimitação do tema de pesquisa e na elaboração do projeto submetido à seleção do mestrado, que mereceu aceitação e, neste momento, é colocado à prova.

Sou muito grato aos advogados e amigos do antigo Cypriano & Rufino Advogados, Leandro Garcia Rufino e Lucas Rebuá, e aos do hoje Cypriano Advogados, Eduardo Candeia, Géssica Caldas, Isabella Arruda, Paula Baqueiro e Acácia Dias. Sem a compreensão de vocês e o suporte constantemente requisitado, a qualidade do curso e da pesquisa desenvolvida não teria sido a mesma.

Manifesto o meu agradecimento ao amigo de sempre, Dawison Moreira Barcelos, pela criteriosa revisão do trabalho, além do auxílio na formatação e nas configurações do arquivo eletrônico. Também à minha querida Anna Paula Teixeira Daher pela cuidadosa revisão formal do texto.

Por último, agradeço à minha família o incondicional apoio e compreensão em relação à ausência e às variações de humor manifestadas ao longo do curso, em especial à minha mulher, Silvia, pela parceria inabalável mantida íntegra mesmo nos momentos mais críticos do período.

*“La función del Tribunal es política,  
pero al mismo tiempo no pertenece a la política;  
resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia,  
pero al mismo tiempo no deriva de la democracia.  
Comprender estas aparentes contradicciones no resulta fácil...”*

Gustavo Zagrebelsky

## RESUMO

A presente dissertação visa a examinar a adequação do sistema de jurisdição constitucional brasileiro com o princípio da separação de poderes estatuído no art. 2º da Constituição brasileira de 1988. No primeiro capítulo, examina-se o contexto histórico de formação do princípio, demonstrando que, em cada lugar e em cada época, a separação de poderes era aplicada de forma diversa e mais apropriada à sociedade. Assim também ocorreu no Brasil, ao longo de suas diversas Constituições e do momento histórico vivenciado. Depois, passa-se à análise do conceito de jurisdição, para diferenciá-la da função desempenhada pelo legislador. Nesse contexto, examina-se as funções desempenhadas pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, alcançando o entendimento de que ora é caracterizado como jurisdição — jurisdição constitucional incidental — ora é qualificado como exercício de função legislativa — jurisdição constitucional direta. A partir de três Autores que se debruçaram sobre a questão do princípio da separação de poderes na contemporaneidade — Souza Júnior, Piçarra e Ackerman — alcança-se o entendimento de que, inobstante seja deferido ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, órgão do Poder Judiciário, o poder para controlar a constitucionalidade das normas abstratamente, função claramente legislativa, não há violação ao princípio da separação de poderes, por atender aos novos parâmetros da doutrina que visam à busca de uma organização ótima das funções estatais.

Palavras-chave: princípio da separação de poderes; jurisdição constitucional; Poder Judiciário; Poder Legislativo; Supremo Tribunal Federal

## **ABSTRACT**

*This present master thesis aims to examine the adequacy of the Brazilian constitutional jurisdiction system with the principle of the separation of powers stated in the second article of the Brazilian Constitution of 1988. In the first chapter, the historical context of the formation of the principle is examined, demonstrating that, in each place and time, the separation of powers was applied differently and more appropriate to the society. In Brazil it occurred the same way, over its various Constitutions and experienced historic moment. Next, it goes to the analysis of the concept of jurisdiction, to differentiate it from de role played by the legislator. In this context, the roles played by the Judiciary in the exercise of constitutional jurisdiction is examined, understanding that sometimes it is characterized as jurisdiction — incidental constitutional jurisdiction — sometimes it is qualified as the exercise of the legislative function — direct constitutional jurisdiction. From three authors who have examined the question of the principle of separation of powers in contemporary time — Souza Junior, Piçarra e Ackerman — attains the understanding that despite granted to the Brazilian Supreme Court, body of the Judiciary, the power to control the constitutionality of rules in abstracto, clearly a legislative function, there is no violation of the principle of separation of powers, for it meets the new doctrines parameters which aim the search for an optimal organization of state functions.*

*Keywords: principle of separation of powers, constitutional jurisdiction, Judiciary Power, Legislative Power, Brazilian Supreme Court*



## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	10
-------------------------	----

### Capítulo I

<b>1. A separação de poderes: apanhado histórico da formação do princípio</b> .....	15
1.1. Breves notas acerca do poder político .....	15
1.2. A ideia de separação de poderes nas antigas Grécia e Roma .....	17
1.3. Estado Moderno e a formação da teoria .....	20
1.3.1. Inglaterra: berço da clássica separação de poderes .....	22
1.3.2. John Locke e o retrato da primeira versão inglesa da separação de poderes .....	26
1.3.3. Montesquieu e a terceira versão inglesa da separação de poderes .....	30
1.3.4. Europa continental: liberalismo e separação de poderes .....	35
1.4. O poder dividido nos EUA: um recorte importante .....	39
1.5. Brasil: adoção da clássica separação de poderes .....	43

### Capítulo II

<b>2. Função jurisdicional, Poder Judiciário e controle de constitucionalidade no Brasil</b> ...	48
2.1. Função jurisdicional: limites à ampliação do conceito de jurisdição .....	48
2.1.1. Âmbito material da atuação jurisdicional .....	49
2.1.2. Objeto da atuação e o seu produto: distinção clara das funções jurisdicional e legislativa .....	55
2.2. Controle de constitucionalidade e o exercício da jurisdição constitucional .....	57
2.2.1. Jurisdição constitucional incidental .....	59
2.2.1.1. Origem americana do modelo .....	59
2.2.1.2. Desenvolvimento do sistema no Brasil .....	64
2.2.2. Jurisdição constitucional direta .....	78
2.2.2.1. Kelsen e o Tribunal Constitucional .....	77
2.2.2.2. Adoção do controle concentrado no Brasil .....	82
2.3. É a jurisdição constitucional verdadeira jurisdição? .....	86

## Capítulo III

<b>3. Separação de poderes e a jurisdição constitucional direta .....</b>	<b>90</b>
3.1. Três das propostas existentes .....	92
3.1.1. A hexapartição de poderes de Cezar Saldanha Souza Júnior.....	92
3.1.2. Nuno Piçarra e a organização ótima das funções estatais .....	97
3.1.3. A nova separação de poderes de Bruce Ackerman .....	101
3.2. A ressignificação necessária .....	105
<b>Conclusão .....</b>	<b>117</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>121</b>

## INTRODUÇÃO

O poder político, único e indivisível, emana do povo e em seu nome será exercido pelo Estado.

Esses escritos estão presentes em preâmbulos ou nos primeiros artigos de muitas Constituições ocidentais — em outras palavras, preservando o mesmo sentido —, estruturando e legitimando a ação Estatal, mesmo quando age contra aparente interesse da sociedade.

Sobre o agir contrariamente aos interesses sociais, a experiência historicopolítica mostra que, sempre que o poder político é exercido monocraticamente, o governo extrapola os limites do poder deferido ao Estado e adota práticas tirânicas em desrespeito a direitos de cidadania.

Decorre daí a luta dos oprimidos pela instauração de policracias, Estados em que as respectivas funções essenciais são exercidas por pessoas (ou grupo de pessoas) ou órgão (ou conjunto de órgãos) diferentes, representando, quanto mais possível, a diversidade social existente.

Nesse diapasão, surgiu a ideia de separação de poderes, que se materializou em diversas Constituições ocidentais como princípio da Teoria Geral do Estado a partir do século XVIII, dividindo, fundamentalmente, a função estatal em três — legislativa, executiva e jurisdicional — e atribuindo a pessoas ou a órgãos diferentes a legitimidade para o exercício de cada uma delas.

A realidade social atual, evidentemente, é muito distinta da encontrada na Inglaterra ou na França setecentista ou oitocentista, quando, respectivamente, é formado e é difundido o princípio da separação de poderes para outras Nações. A estrutura sociopolítica é fragorosamente diferente, as demandas sociais, naqueles Estados liberais, são muito distintas das atuais, pleiteadas sob um Estado Democrático de Direito. Consequentemente, as respostas oferecidas pelo Estado, isto é, as funções por ele desempenhadas não de ser diferentes.

Tudo isso faz crer que, atualmente, a complexidade maior das relações sociais demanda uma participação estatal mais diversificada e específica e, se bem for analisado, não existem apenas as três clássicas funções estatais.

A propósito do tema, já tivemos a oportunidade de pesquisar a respeito da função normativa regulamentar (ou, em termos utilizados por Dwight Waldo, acerca do Estado Administrativo) surgida, essencialmente, da necessidade de especialização das funções e da

capacidade normativa de conjuntura para que sejam dadas respostas mais rápidas do que poderia proporcionar o regular processo legislativo<sup>1</sup>.

O presente trabalho foca em uma outra prática especializada do Estado, na função que denominamos jurisdição constitucional direta — em diferenciação da jurisdição constitucional incidental —, isto é, no controle de constitucionalidade das leis *in abstracto* exercido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O fato de a função ser exercida concentradamente pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, interferindo diretamente no mister legislativo — poderíamos caracterizá-la como “faxina do ordenamento jurídico”, retirando dele, para o “lixo”, o que não é constitucional —, gera muitas dúvidas e embates ao redor do que se tem prescrito no arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição brasileira de 1988.

A pergunta clássica dos que pretendem contestar o exercício da jurisdição constitucional direta pelo Supremo Tribunal Federal é, em termos gerais: como é que o Poder Judiciário, que tem como função precípua a prestação jurisdicional, poderia interferir de tal maneira no mister legislativo sem ferir o princípio da separação de poderes?

Esse, fundamentalmente, constitui o problema da pesquisa que desenvolvemos. Para solucioná-lo, o presente trabalho, ao longo dos tópicos de desenvolvimento, vai respondendo a cada uma dessas indagações específicas: como e para que surgiu o princípio da separação de poderes? Como o princípio foi adotado em cada tempo e em cada lugar pesquisado? Como o princípio foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro? Quais são os limites conceituais de jurisdição? Como surgiu a função estatal exercida pela jurisdição constitucional direta e se seria ela verdadeira função jurisdicional? Em não sendo função jurisdicional, o exercício da jurisdição constitucional direta pelo Supremo Tribunal Federal violaria o princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da Constituição de 1988?

É necessário destacar, já aqui, que o objeto da pesquisa se restringe à análise da função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no exercício do controle de constitucionalidade da lei *in abstracto* — excluído o desempenho da função semelhante pelos Tribunais de Justiça estaduais — à luz do princípio da separação de poderes estatuído no art. 2º da Constituição brasileira de 1988, para que seja aferida a compatibilidade ou não da função com o arranjo constitucional pátrio.

---

<sup>1</sup> BARBOSA, Ademar Cypriano. Estado Administrativo, Poder Legislativo e a Releitura do Princípio da Separação de Poderes. In: Revista de Direito Setorial e Regulatório. V. 1, n. 1 (2015) – Brasília: Universidade de Brasília, 2015.

Para responder a todas as indagações e abordar corretamente o objeto da investigação, realizamos pesquisa bibliográfica objetivando identificar a produção científica a respeito dos temas discutidos, além de recorrer a fontes legislativas e jurisprudenciais sobre temas específicos que tratam da realidade brasileira, tais como o tratamento dado ao princípio da separação de poderes nas Constituições e a forma como foram previstas as jurisdições constitucionais incidental e direta no bojo das Cartas Políticas que já regeram o ordenamento brasileiro.

Na ausência de trabalhos específicos sobre o tema que levem diretamente à resolução do problema colocado, utilizou-se o método dedutivo, partindo de formulações genéricas sobre cada um dos temas pesquisados, para se alcançar, de forma específica e precisa, as conclusões parciais e final.

Os objetivos do trabalho são, pois, conhecer a construção e o formato histórico-normativo do princípio da separação de poderes, chegando à forma como foi recepcionada pela Constituição de 1988; depois, traçar a natureza jurídica da função estatal exercida pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade de normas para confrontá-la com o conceito de jurisdição, demonstrando que não há nenhuma coincidência entre eles; e, ao final, apontar que, mesmo não se tratando de uma função jurisdicional, embora seja uma função diferente de todas as três clássicas, o controle de constitucionalidade da lei no plano abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, não fere o princípio da separação de poderes.

Por hipótese, assim, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no exercício desse mister estatal — jurisdição constitucional direta —, não jurisdiciona, no conceito próprio da Teoria Geral do Processo, mas guarda a Constituição Federal, fiscalizando e eliminando do ordenamento jurídico atos legislativos que a vulneram. Nesse diapasão, há, também como hipótese, a percepção de que, controlando a constitucionalidade de normas *in abstracto*, o Supremo Tribunal Federal exerce uma função diversa, de natureza legislativa negativa, cumulando, além da função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, a de Tribunal Constitucional, nos moldes kelsenianos.

O trabalho, nesse contexto, desenvolve-se da seguinte maneira:

No primeiro capítulo, trata-se da separação de poderes, iniciando por análise superficial do que seria o poder político, que é uno e indivisível, mas que é exercido separadamente por entes estatais. Na sequência, aborda-se a ideia própria de separação de poderes, desde a aparição das primeiras linhas teóricas escritas por Aristóteles, até a recepção constitucional do princípio pelos EUA, passando pela origem moderna da doutrina, jungida

concomitantemente com o Estado Moderno, ambos frutos dos movimentos constitucionalistas europeus do século XVII e XVIII — especialmente na Inglaterra desse período. Por fim, abordar-se-á a recepção do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, tentando demonstrar, em linhas gerais, as vicissitudes de cada uma das Constituições pretéritas e, especificamente, a estruturação do Estado em três poderes e suas respectivas funções prescrita pela Carta de 1988.

O caminhar pela história em análise da separação de poderes e do princípio constitucional que foi formado apontará que, embora exista uma ideia central que serve a todos — divisão para a contenção do poder pelo poder, evitando-se tiranias —, em cada lugar e em cada tempo, a doutrina constituiu-se diferentemente, as balizas conceituais foram colocadas em conformidade com as necessidades e os anseios da sociedade que o recepcionava, visando ao alcance de fins outros específicos.

No segundo capítulo, específico para a análise das funções desempenhadas pelo Poder Judiciário brasileiro, inicia-se pela revisão do conceito contemporâneo de jurisdição, função primeira deferida ao Judiciário pela Constituição Federal. Estabelecidos os limites conceituais de jurisdição, examina-se a função desempenhada pelo Poder no exercício da jurisdição constitucional, dividindo-a nas duas vertentes próprias do sistema misto adotado pelo Brasil: a jurisdição constitucional incidental ou controle de constitucionalidade da lei no caso concreto; e a jurisdição constitucional direta ou controle de constitucionalidade da lei no plano da abstração. Ao final do capítulo, pretende-se chegar a uma resposta precisa a respeito de ser ou não a jurisdição constitucional direta verdadeiro exercício da função jurisdicional.

Colocadas as premissas necessárias nos dois primeiros capítulos, caminha-se pelo terceiro buscando explicar a possibilidade do deferimento, constitucional, ao Supremo Tribunal Federal do poder de controlar, abstratamente, a compatibilidade das leis em face da Constituição — função estatal de natureza legislativa — sem que se fira o princípio da separação de poderes.

A pesquisa, neste contexto, parte de teorias já elaboradas por três autores, Cezar Saldanha Souza Júnior, Nuno Piçarra e Bruce Ackerman para testar, em suma, a hipótese de que, na releitura contemporânea do princípio da separação de poderes, a atribuição de uma função estatal de natureza legislativa ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, como o é a jurisdição constitucional direta, não fere o sistema constitucional brasileiro.

Em epítome, havendo boa compreensão acerca do princípio da separação de poderes, especialmente a respeito do sentido normativo brando nele contido, aliada à precisa noção da função estatal desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional direta, que não é jurisdicional, é possível chegar ao entendimento de

que, embora acumule funções estatais diversas, não há afronta ao art. 2º da Constituição brasileira de 1988 em controlar a constitucionalidade das leis, no plano abstrato, da forma como vem sendo efetivado no Brasil.

## Capítulo I

### 1. A SEPARAÇÃO DE PODERES: APANHADO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO

É clássica e perdura por alguns séculos a ideia de divisão formal tripartite das funções do Estado soberano — do poder político que detém — em legislativa, executiva e jurisdicional, como prevista na vigente Constituição brasileira. Embora receba contestações no campo doutrinário e, como será visto ao longo deste trabalho, possam ser observadas variantes estruturais do Estado em alguns países — especialmente europeus em que se tem alguma forma de parlamentarismo —, a teoria continua a ser entendida, institucionalmente, na maioria dos Estados ocidentais contemporâneos que a adotam — Brasil, EUA, Argentina, dentre outros países americanos, por exemplo —, na formatação original de sua estrutura do século XVIII, inobstante, em matéria, já se tenha havido grandes mudanças.

Para bem compreender o princípio constante do artigo 2º da Constituição de 1988, protegido como cláusula pétrea (§ 4º do artigo 60), é necessário caminhar pela história e conhecer o contexto sociopolítico em que foi criado e a estrutura que se espraiou para o mundo ocidental.

Antes, porém, de analisar a separação dos poderes estatais, vale escrever algumas poucas linhas acerca do poder político apenas para lançar alguma luz sobre o tema, superficialmente, muito longe de pretender exauri-lo ou, ao menos, de realizar um debate mais aprofundado.

#### 1.1. Breves notas acerca do poder político

A Constituição brasileira, já no parágrafo único do artigo 1º, vem dizendo que “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”<sup>2</sup>.

O artigo definido que antecede a palavra “poder” especifica bem tratar-se do poder político<sup>3</sup>, que, na expressão de Celso Ribeiro Bastos, se trata da autoridade exercida “no Estado

---

<sup>2</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>3</sup> Cezar Saldanha Souza Júnior (O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 15) esclarece que: “[n]o singular, *poder*, em sentido largo, significa a capacidade ou a possibilidade de pessoas decidirem ou influírem sobre outras pessoas. Ainda no singular, com letra maiúscula e antecedida do



e pelo Estado” para que se imponha à sociedade o respeito a “comportamentos que os fins sociais estejam a exigir”<sup>4</sup>. Goffredo Telles Junior, nessa linha, aponta que, em um regime democrático, “o poder político é o poder do Governo haurido da vontade dos governados — da vontade do Povo.”<sup>5</sup>

Jorge Amaury Maia Nunes especifica mais o conceito, embora não divirja fundamentalmente dos dois autores antecedentes, ao apontar que o poder político nada mais é do que “o exercício [da] capacidade de imposição da vontade individual — ou da vontade de grupos de pressão — à sociedade organizada, ou à organização da sociedade, visto que lhe é precedente, e que tende, em certo sentido, após um momento inicial, a se confundir com a sociedade por ele organizada”<sup>6</sup>.

Poder político, por assim dizer, seria a força política transferida da sociedade ao Estado para que ele imponha sobre ela própria, observando a vontade manifestada pelos governados, a organização e os caminhos entendidos como socialmente adequados.

Karl Loewenstein, em análise estritamente funcional do conceito, considera poder político “como a infraestrutura dinâmica das instituições sociopolíticas”<sup>7/8</sup>, na medida em que “a essência do processo de poder consiste no intento de estabelecer um equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas que se encontram competindo dentro da sociedade estatal, sendo garantida a devida esfera para o livre desenvolvimento da personalidade humana”<sup>9</sup>.

Dessa visão funcional, deflui o entendimento de que o poder não influencia tão somente a relação entre os detentores e os destinatários contra quem é exercido, mas, também, em uma policracia, condiciona a relação entre os diferentes exercentes do poder<sup>10</sup>. Ainda nessa perspectiva, tem-se que o poder político decorre da necessidade de se impor meios que efetivamente controlem os detentores do poder político, “porque poder sem limites e sem controle deixa de ser poder e se transmuta em arbítrio”<sup>11</sup>.

---

artigo definido, o *Poder*, significa o conjunto de instituições que, de forma concentrada ou dividida, numa sociedade, detém ou exerce o poder de mando de última instância.”

<sup>4</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 14.

<sup>5</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O povo e o poder: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido*. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 52.

<sup>6</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

<sup>7</sup> As citações de fontes bibliográficas em língua estrangeira, feitas no corpo do texto, serão preferencialmente transcritas em português com tradução livre deste Autor.

<sup>8</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edición ampliada (reimpressão). Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 24.

<sup>9</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 27.

<sup>10</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 27.

<sup>11</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 62.

O poder estatal, portanto, embora seja uno<sup>12</sup>, pode ser exercido por instituições diferentes, que desempenham funções complementares atendendo aos anseios da sociedade e, do outro lado, impondo a elas próprias controles, estabelecendo, entre si, o equilíbrio de forças no exercício das respectivas funções de maneira a respeitar a liberdade individual.

Desse segundo aspecto — equilíbrio no exercício das funções e respeito a direitos individuais —, decorre a doutrina da separação de poderes, que será o objeto de estudo deste capítulo.

## 1.2. A ideia de separação de poderes nas antigas Grécia e Roma

Havia na Grécia antiga a noção de uma Constituição que ordenasse o Estado e, especialmente, que orientasse a distribuição do exercício do poder por ele detido. Aristóteles, naquele tempo, escreveu que a “constituição é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil”<sup>13</sup>.

Quanto à ideia de distribuição de poderes, já naquela época, Aristóteles anunciava que, “[e]m todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente”, e advertia que, “[q]uando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem”<sup>14</sup>. Para o Filósofo grego, os poderes essenciais existentes em todo governo seriam o Poder Deliberativo<sup>15</sup>, o Poder Executivo<sup>16</sup> e o Poder Judiciário<sup>17</sup>.

A conveniente acomodação dos poderes, para que se exerça bem as funções estatais, portanto, tem suas primeiras linhas na clássica obra de Aristóteles — A Política —, quando ele desenvolve, no contexto da realidade sociopolítica das cidades-estado gregas<sup>18</sup>, a “teoria da

---

<sup>12</sup> Com precisamente coloca Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (Ativismo Judicial: possibilidades e limites no neoconstitucionalismo [livre eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2015, ebook), “o poder estatal não se divide; é uno, indivisível; (...) o poder se exerce, não se detém, não se aliena, não se parte ou reparte”.

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 149.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 127.

<sup>15</sup> “No que se chama democracia, principalmente na de hoje, em que o povo é senhor de tudo, até das leis, seria bom, para se conseguirem boas deliberações, que as Assembléias fossem ordenadas e regulamentadas como os tribunais das oligarquias, ou ainda melhor, se possível. (...) Ora, delibera-se melhor quando todos deliberam em comum, o povo com os nobres e os nobres com a multidão.” (ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 130).

<sup>16</sup> O Poder Executivo “compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.” (ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 127).

<sup>17</sup> O Poder Judiciário “abrange os cargos da jurisdição”. (ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 127).

<sup>18</sup> Cabe o esclarecimento de que “o Estado na Antiguidade é a Cidade (...). Da cidade se irradiam as dominações, as formas expansivas de poder e força”. (BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7ª Edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 31).

constituição mista” ou, em termos dele próprio, o conceito de Estado misto, em que cada estamento exerceria um naco do poder por meio da participação em algum dos órgãos estatais.

A propósito do conceito de constituição mista, Nuno Piçarra bem o define nos dois excertos seguintes:

Nesse sentido, constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.<sup>19</sup>

A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objetivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Nesse sentido, constituição mista não é mais do que um “sistema político-social pluralmente estruturado”.<sup>20</sup>

Embora enumere seis formas de governar um Estado — monarquia, que pode se degenerar em tirania; aristocracia, que pode se tornar oligarquia; e república, que desanda para a democracia<sup>21</sup> —, Aristóteles, sem apontar uma como melhor do que as demais, afirma que deve haver uma mistura dessas formas de governo<sup>22</sup> para que a Constituição, na organização estatal e na regência do governo, possa fazer com que todas as classes sociais sejam representadas:

Além das diferenças de riqueza, há também as que são criadas pelo nascimento, pelo mérito ou por qualquer outra prerrogativa. Dissemos no capítulo precedente quantas classes necessárias há em todo Estado. Em alguns Estados, todas são admitidas ou admissíveis no governo; em outros, só algumas são aceitas. Donde se segue que há várias espécies de Estados, tão diferentes entre si quanto o são suas partes integrantes. Com efeito, sua Constituição não é senão a ordem dos poderes ou magistraturas que nelas se distribuem a todos, ou então segundo a espécie e igualdade comum admitida quer entre os pobres, quer entre os ricos, quer entre ambos. Portanto, deve haver tantas formas de governo quantas ordens estabelecidas segundo estas superioridades, em qualquer gênero que for e segundo estas diferenças entre as partes integrantes.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33.

<sup>20</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 35.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 106.

<sup>22</sup> “Aristóteles consideró como la más deseable estructura de la sociedad a la políteia baseada em la clase media; de esta manera introdujo el elemento sociológico em la investigación sobre las formas de gobierno – sin menoscabo de la clásica división tripartita según el número de los detentores del poder – integrando a las diferentes clases sociales em el Estado, estando cada clase representada por un propio órgano estatal”. (LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 43)

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, pp. 108/109.

Por assim considerar, o Filósofo conclui que, para que haja equilíbrio na representação<sup>24</sup> e, conseqüentemente, no exercício do poder político, “[s]ó os Estados mistos consideram ao mesmo tempo os ricos e os pobres, a opulência e a liberdade”<sup>25</sup> ou qualquer outra forma de estratificação social merecedora de consideração na estruturação estatal e capaz de exercer o poder político.

Para bem compreender a Constituição estatal descrita por Aristóteles, é necessário que se considere a sociedade grega (no restrito universo das cidades-estado) dividida em estamentos, sem mobilidade entre as respectivas classes, e a limitada massa de cidadãos que participava da vida política<sup>26</sup>. Nesse contexto, também os órgãos constitucionais, que exerciam os poderes estatais, haveriam de ser igualmente separados e destinados à ocupação de participantes de determinada casta, sem que houvesse mistura ou a possibilidade de migração de um órgão para outro<sup>27</sup>.

Embora não exista prova de que a teoria tenha sido aplicada à prática sociopolítica grega, certo é que, conforme exposto por Aristóteles, esteve presente na Grécia antiga a ideia de separação de poderes, consubstanciada na adoção de uma Constituição mista para se acomodar cada um dos estamentos sociais no exercício do poder estatal, equilibrando as forças e não permitindo a ascensão de uma classe sobre as demais.

Os romanos, na fase republicana, foram buscar em Aristóteles as bases do Estado misto para implantar na Cidade uma forma de governo que contemplasse todos os estratos da sociedade plural de então e, assim, que tornasse mais estável e duradoura do que as demais<sup>28</sup>.

Boa noção acerca do sistema sociopolítico existente é trazido por Piçarra, formulado a partir de escritos de Políbio, nos termos seguintes:

A orgânica constitucional da república romana compunha-se de dois cônsules, senado e comícios tribunícios. Cada um destes órgãos participava do exercício do poder político fundamentando em diferentes princípios de legitimidade: o princípio monárquico legitimava o poder dos cônsules, o princípio aristocrático, o do senado, e o princípio democrático, o dos comícios tribunícios. Isto quer dizer que cada um desses órgãos refletia um substrato constitucional confinado apenas a uma classe ou potência político-social, respectivamente os cônsules, os patrícios e os plebeus.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Representação, aqui, não é no sentido de exercício do poder pela representatividade política, mas de ocupação por representantes das classes/estamentos.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 114.

<sup>26</sup> Na mesma obra (*A Política*), especialmente no capítulo IV, Aristóteles esforça-se para definir bem quem seria o cidadão grego, que mereceria participar da vida política da cidade, distinguindo-o dos meros “habitantes” — esses seriam os estrangeiros (mesmo que naturalizados), os escravos (mesmo que libertos), as crianças (cidadãos “em esperança ou imperfeitamente”), os que se dediquem a “trabalhos servis” e ao comércio, dentre outros. (ARISTÓTELES, *op. cit.*, pp. 41 *et seq.*)

<sup>27</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 33.

<sup>28</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 37.

<sup>29</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 37/38.

A estrutura romana, pela semelhante moldura societária, bebeu da fonte doutrinária grega, visando a trazer equilíbrio entre as classes no exercício do poder político, e fixou também que cada uma das três classes exerceria uma função estatal em órgão específico, inexistindo, no senado romano, por exemplo, representantes dos plebeus, bem como não existiam patrícios nos comícios tribunícios.

Assim, portanto, Grécia e Roma, já na antiguidade, lançaram as primeiras linhas a respeito da estruturação e da separação de poderes estatais como forma de limitação do exercício do poder político para evitar que uma determinada classe exercesse sozinha todo o poder, subjugando as demais.

### **1.3. Estado Moderno e a formação da teoria**

Os que rechaçam o entendimento de que Aristóteles seria o precursor da teoria da separação de poderes fazem-no, especialmente, com base na incipiência das cidades-estado daquele momento histórico em relação ao desenvolvimento social e politicoinstitucional do que atualmente se entende como Estado.

Aduzem, por exemplo, que inexistiam naquelas primitivas ordens estatais gregas dois elementos essenciais à concepção de separação de poderes, quais sejam: a ideia de poder soberano, uno e indivisível, tratado pela vez primeira por Bodin, em 1577; e a luta pela liberdade individual, que se afiguraria incompatível com a Constituição de uma sociedade estamental<sup>30</sup>.

Outros formulam a crítica na perspectiva de que os Autores antigos teriam tratado da questão apenas no plano teórico, sem que existisse, de fato, na vida sociopolítica, alguma forma de divisão de poderes.

Para os que assim entendem, a teoria da separação de poderes<sup>31</sup> teria exsurgido concomitantemente à formação do Estado Moderno, ambos frutos do movimento constitucionalista europeu dos séculos XVII e XVIII, de matiz liberal, que se insurgia contra a confluência de poder nas mãos de uma pessoa ou de um determinado órgão, concentração essa que ensejava práticas absolutistas do governo.

---

<sup>30</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>31</sup> Carl Schmitt cita Cromwell (1653) e Harrington como autores das primeiras tentativas de sistematização de uma divisão de poderes estatais e de um sistema de freios e de controle recíproco entre eles. Atribui a Bolingbroke, todavia, a autoria efetiva da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio entre os poderes e do controle recíproco entre eles (pp. 245/246). Segundo Schmitt, “[b]ajo el influjo de Bolingbroke ha desarrollado Montesquieu, en el célebre capítulo VI del libro XI de su *Esprit des lois* (1748), un cuadro ideal de la Constitución inglesa.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s.d., p. 247)

A respeito do ideário constitucionalista de então, Loewenstein faz precisa síntese:

Com o fim de evitar esse perigo sempre presente, que é imanente a todo poder, o Estado organizado exige de maneira imperativa que o exercício do poder político, tanto em interesse dos detentores como dos destinatários do poder, seja restringido e limitado. Sendo a natureza humana como é, não é de esperar que ditas limitações atuem automaticamente, mas que deverão ser introduzidas no processo de poder desde fora. Limitar o poder político quer dizer limitar os detentores do poder; este é o núcleo do que na história antiga e moderna da política aparece como o constitucionalismo.<sup>32</sup>

O Autor alemão ora citado bem analisa o tema do controle do poder político no contexto europeu dos séculos XVII e XVIII e destaca que, se de uma parte os detentores do poder necessitam de autoridade para exercer suas funções estatais, de outra, é indispensável que nesse exercício seja garantida a liberdade dos destinatários do poder. Nas palavras dele, “[a] liberdade dos destinatários do poder só estará garantida quando se controle devidamente o exercício do poder levado a cabo por seus detentores”<sup>33</sup>.

Loewenstein vincula o surgimento da ideia de separação de poderes à formatação primeira da “técnica da representação”<sup>34</sup>, prática que seria desconhecida na Antiguidade e na Idade Média, e que se iniciou na Europa na derrocada do feudalismo, ao final do século XIV<sup>35</sup>, primeiramente na Inglaterra. Para o Autor alemão

Qualquer que tenha sido a origem da técnica da representação, foi em todo caso a condição prévia e indispensável para distribuir o poder político entre diferentes detentores do poder. Durante os séculos seguintes estes passos iniciais promissores foram esmagados em toda Europa pelo absolutismo monárquico, que estruturou cada vez com mais eficiência seu aparato administrativo constituído por uma burocracia profissional formada no direito romano. Somente na Inglaterra, o parlamento elevou-se à categoria de separado e independente detentor do poder, representando os interesses financeiros e territoriais.<sup>36</sup>

De fato, a experiência política inglesa é fonte de inspiração para o surgimento da separação de poderes, a partir, especialmente, da criação do Parlamento como órgão de poder autônomo e independente. Nesse aspecto, a técnica da representação, atrelada à ideia de soberania popular — “o poder supremo (legislativo) era exclusivamente atribuído a uma assembleia de representantes eleita anualmente por todos os indivíduos do sexo masculino

---

<sup>32</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 29.

<sup>33</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 29.

<sup>34</sup> “La naturaleza jurídica de la representación es que los representantes — cualquiera que se ala manera de su investidura — reciben por adelantado el cargo y la autorización de actuar conjuntamente em nombre de sus representados, y de ligarles por sus decisiones colectivas”. (LOEWENSTEIN, *op. cit.*, pp. 57/58)

<sup>35</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 58.

<sup>36</sup> LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 59.

maiores de vinte e um anos”<sup>37</sup> —, afigurou-se essencial para o fortalecimento do Legislativo contra o Rei.

A história politicoinstitucional inglesa confunde-se com o surgimento e a consolidação do princípio da separação de poderes, de modo que mereceu atenção específica na pesquisa desenvolvida.

### 1.3.1. Inglaterra: berço da clássica separação de poderes

O desenvolvimento sociopolítico inglês, pós-feudalismo, é completamente distinto do que ocorreu, na mesma época, na Europa continental: pode-se considerar que a Ilha não conheceu o Estado absolutista nos moldes dos demais. Em verdade, da realidade arcaica e autoritária constituída na Idade Média, a Inglaterra tornou-se um “Estado constitucional-representativo”, integrado em uma monarquia mista, em que o rei, lordes e comuns exerciam o poder político<sup>38</sup>.

Por aquelas terras, contra as pretensões absolutistas da monarquia — atribuir “a um soberano plenos poderes, limitados apenas pela sua razão, moderação ou magnânimidade mas não pelo Direito” —, juristas que tinham assento no Parlamento (como o juiz Edward Coke), seguidores do *common law*, defendiam que o Rei haveria de estar submetido às leis, tal como as demais pessoas e os próprios legisladores.<sup>39</sup>

Essa corrente deu ensejo à elaboração da Petição de Direito, em 1623, em que são reafirmados: a supremacia da lei, a necessidade de adequação entre os atos do Rei e o Direito vigente; os direitos de liberdade e de propriedade contra atos reais; e o respeito ao direito de defesa do acusado no âmbito de processos judiciais<sup>40</sup>.

Esse parece ser o prisma observado por John Locke, um dos expoentes do movimento constitucionalista europeu, ao escrever o excerto adiante transcrito, a respeito da necessidade de atenção e de respeito aos ditames legais:

Lembremos que todo o poder que o governo tem deve objetivar o bem da sociedade, uma vez que o tal poder não deve ser arbitrário e exercido ao bel-prazer de quem quer que seja. O poder deve ser exercido por leis estabelecidas e promulgadas. Assim, tanto o povo deve saber qual é o seu dever, e sentir-se seguro e protegido dentro do escopo da lei, quanto os governantes devem

---

<sup>37</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 54.

<sup>38</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 42/43: “No Continente, em contrapartida, as monarquias iam adquirindo progressivamente contornos absolutistas, o que era visto pela teoria política inglesa dominante como factor de inferioridade perante uma monarquia como a inglesa que, por se mista, propiciava um grau de estabilidade e liberdade incomparavelmente superior”.

<sup>39</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>40</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 47.

manter-se dentro dos seus limites, dessa forma evitando ficar tentados pelo poder que têm em suas mãos.<sup>41</sup>

Nessa linha de entendimento, na Inglaterra do início do século XVII, o Parlamento constituía o órgão estatal soberano e, muito curiosamente, ao contrário do que ocorria no Continente (como se verá adiante), as práticas absolutistas passaram a advir do exercício da função legislativa, que cumulava, também, o exercício da “função executiva” (essa, à época, como adverte Piçarra, era a denominação da função jurisdicional)<sup>42</sup>.

De fato, os termos da *hule of law*, desenvolvidos exatamente nessa época, tinham como objetivo, também, impedir que aquele que detivesse o exercício da função legislativa não exercesse, conjuntamente, a função jurisdicional do Estado, que àquele tempo era denominada de função executiva. A respeito da estreita vinculação da ideia de *rule of law* com a de separação de poderes, Piçarra aponta que:

A partir do momento em que ficou comprovada na prática a reduzida probabilidade de os autores das leis actuarem sempre de acordo com elas, aplicando-as imparcialmente aos casos concretos, porque a isso se mostra adversa à natureza humana, a separação entre função legislativa e função executiva (do ponto de vista dos órgãos que a exercessem e dos respectivos titulares) passou a ser considerada condição *sine qua non* para a realização da *rule of law* (princípio da legalidade).<sup>43</sup>

A primeira versão da teoria da separação de poderes inglesa, portanto, surgiu no contexto da *rule of law* e buscava a imposição de limites contra o poder estatal exercido pelo Parlamento inglês, que detinha a função de legislar, de julgar e de punir as violações aos normativos que ele mesmo havia estabelecido. Pretendia-se, com isso, evitar práticas absolutistas, não do Rei, mas do Parlamento, que, ao mesmo tempo, legislava e jurisdicionava, garantindo, assim, proteção de direitos individuais<sup>44</sup>.

Ganhava força a ideia de soberania popular e, por conseguinte, o Parlamento, órgão representativo do povo, fortalecia-se perante os demais, alçando a lei a patamares de elevação principiológica, sendo necessária a separação de poderes para, exatamente, garantir a primazia dos atos legislativos, em conformidade com os anseios sociais, e não de determinado grupos.

---

<sup>41</sup> LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 111.

<sup>42</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 44/45. O Autor português esclarece ainda que: “[s]e o termo legislativo assumiu logo um sentido no essencial moderno, o mesmo não aconteceu com o termo executivo, que até princípio do século XVIII foi maioritariamente empregue com um sentido diferente do que possui hoje, ou seja, para designar a função judicial.” (*Ibid.*, p. 50)

<sup>43</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 52.

<sup>44</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 53.



Exemplo da força popular detida à época e de utilização disso pelo Parlamento, em 18 de maio de 1649, proclamou-se — “*An Act Declaring England to be a Commonwealth*” — que “o povo é, após Deus, a origem de todo o justo poder e os Comuns da Inglaterra, reunidos em Parlamento, escolhidos pelo povo e seus representantes, detêm o poder supremo da nação”.<sup>45</sup>

O Parlamento, portanto, era o instrumento popular (formado por seus representantes) que haveria de atender aos anseios sociais na elaboração de leis que privilegiassem o interesse comum e que, na aplicação, também haveriam que ser executadas sem qualquer desvirtuamento autoritário.<sup>46</sup>

Inexistia, todavia, inter-relação entre os poderes estatais, no sentido de contenção, um pelo outro, do exercício da função a cada um atribuída. Exigia-se total separação orgânico-pessoal entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo (aqui já utilizado no sentido de poder governamental). O Parlamento, especialmente, não admitia que o Monarca pudesse intrometer-se no mister legislativo, rechaçando fortemente a possibilidade de o Executivo vetar atos legislativos dele emanados, dado que detinha a representatividade popular e exercia, portanto, a soberania do povo<sup>47</sup>. Como destaca Piçarra,

A separação orgânico-pessoal reivindicada, neste contexto, entre poder legislativo e poder executivo significa, pois, ausência de participações ou interferências do titular (sujeito político) do poder executivo nas decisões do poder legislativo democraticamente legitimado e independente daquele quanto à formação e quanto à subsistência.<sup>48</sup>

Na segunda metade do século XVII, entretanto, contra a força extrema do Parlamento e os seus rompantes absolutistas, os termos da *rule of law* impuseram-se e ressurgiu a possibilidade de o Executivo vetar atos legislativos, como meio claro de controle das atividades da assembleia dos representantes populares<sup>49</sup>.

Assim foi escrita a Constituição inglesa, em 16 de dezembro de 1653 — *Instrument of Government*, “primeiro e único documento constitucional da Inglaterra”<sup>50</sup> —, consagrando

---

<sup>45</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 54.

<sup>46</sup> Piçarra (*op. cit.*, p. 53) afirma que a primeira versão inglesa da separação de poderes é marcada pelo primado da lei, que todos os esforços eram envidados para que fossem elaboradas em conformidade com o interesse comum e, na aplicação, que também observassem apenas o que contido no texto.

<sup>47</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>48</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 57.

<sup>49</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 56.

<sup>50</sup> BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo, Edição Saraiva, 1958, p. 18.

o princípio da separação de poderes, mas conferindo ao Poder Executivo a oposição de veto substantivo a atos do Poder Legislativo.<sup>51</sup>

Essa, *grosso modo*, foi a segunda versão inglesa da teoria da separação de poderes, em que se iniciou a inter-relação entre os poderes.

A terceira, retratada por Piçarra como “a teoria constitucional inglesa típica do século XVIII”, buscou acomodar no poder a “mistura ideológica” advinda dos interesses defendidos pelo “rei, nobreza e povo” e desenvolveu variantes da separação orgânico-pessoal dos poderes com aspectos da doutrina da monarquia mista para se alcançar a “doutrina da balança dos poderes (*balance of powers* ou *balanced constitution*)”.<sup>52</sup>

Nesse diapasão, partia-se do pressuposto de que a função legislativa e a executiva deveriam ser exercidas por órgãos distintos, devidamente estruturados para o desempenho dos respectivos misteres, para que pudessem exercer, reciprocamente, o controle e a limitação do poder político desempenhado pelo outro. Nas palavras de Piçarra,

... na doutrina da balança dos poderes de tipo interorgânico passa a avultar cada vez mais uma perspectiva institucional: muito mais do que um equilíbrio entre forças político-sociais referidas a órgãos constitucionais, trata-se é da consecução de um equilíbrio entre órgãos independentes quanto à formação e quanto à subsistência, funcionalmente diferenciados e dotados de específicos mecanismos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos actos.<sup>53</sup>

Nesse contexto, mitigou-se a independência absoluta dos poderes e a divisão formal e estanque das funções legislativa e executiva, afastando-se, de certa forma, o pressuposto de que todo e qualquer ato do Poder Legislativo é um ato legislativo ou de que, advindo do Poder Executivo, trata-se necessariamente de ato de natureza executiva. Havia, na Inglaterra do século XVIII, apenas uma tendenciosidade, mas não a certeza de que o Legislativo tenha praticado ato legislativo ou o Executivo, ato executivo.<sup>54</sup>

De fato, o *impeachment*, como possibilidade de o Parlamento responsabilizar criminalmente os membros do poder executivo — funcionários administrativos, ministros do Rei e juízes<sup>55</sup> — contra eventual abuso de poder; e o veto, como voz negativa do Rei contra o ato legislativo, que antes se encarava autônomo e perfeito da exclusiva autoria do Parlamento,

---

<sup>51</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 58.

<sup>52</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 60.

<sup>53</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 82.

<sup>54</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 82.

<sup>55</sup> É oportuno destacar que, o que hoje se divide em Poder Executivo e Poder Judiciário, na Inglaterra da segunda metade dos séculos XVII e XVIII era reunido nas mãos do poder executivo (poder governamental).

são incorporados à Constituição como instrumentos jurídicos de controle do exercício do outro poder.<sup>56</sup>

Percebe-se, aqui, o surgimento da ideia de *checks and balances*, tratado doutrinariamente por Montesquieu e adotado constitucionalmente com precisão pelos Estados Unidos — como se verá adiante —, em que se busca o equilíbrio entre os poderes estatais com a atribuição de instrumentos de controles recíprocos — freios e contrapesos — contra possíveis abusos no exercício do poder estatal.

### 1.3.2. John Locke e o retrato da primeira versão inglesa da separação de poderes

O inglês John Locke, em 1690, escreveu a clássica obra *Two Treatises of Government* — em português traduzido como Segundo Tratado sobre o Governo Civil —, olhando para o cenário da Inglaterra do século XVII e deu início à sistematização doutrinária do princípio da separação de poderes<sup>57</sup> no contexto de sua terra e do tempo que lhe é contemporâneo. Como não poderia deixar de ser, a teoria lockeana é fruto do seu meio e tenta, como bem colocado por Piçarra, trabalhar o histórico e os acontecimentos cotidianos em aspectos racionais e de continuidade.<sup>58</sup>

Pois bem, Locke parte da sua ideia de contrato social, em que o homem convencionava a perda da sua liberdade extrema encontrada no estado da natureza em troca da segurança proporcionada pelo Estado às suas propriedades (vida, liberdades e terras). O homem deixa de exercer a liberdade absoluta sobre suas propriedades para que esteja submetido a leis conhecidas e previsíveis, que poderão ser discutidas, em caso de violação, perante juízes conhecidos e imparciais e sob o governo de um Estado que fará cumprir as sentenças proferidas.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 60/62 e 82/83.

<sup>57</sup> Piçarra (*op. cit.*, p. 63) adverte que há críticas variadas e de diversos níveis a respeito da teoria de separação de poderes em Locke: há quem enxergue nele a autoria original da doutrina da separação de poderes, bem como há posições no sentido de inexistir na sua obra doutrina específica sobre separação de poderes, mas, tão somente, uma simples distinção das funções estatais.

<sup>58</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 65/66: “Não certamente uma justificação de circunstância, mas uma justificação que tornasse o “acidente histórico” de 1688 [entrega do trono a Guilherme de Orange e a Declaração de Direitos de 13 de fevereiro de 1689, instalando assim a monarquia constitucional] e a ordem político-constitucional formada na sequência dele um imperativo jurídico-racionalmente fundamentado. Por outras palavras, era para Locke essencial um compromisso entre o histórico e o racional, que se traduzisse no estabelecimento de um nexo de continuidade suficientemente sólido entre as soluções políticas concretas encontradas em 1688 e os dados da reflexão filosófico-política, de modo a que o ‘conjunto parecesse racional”.

<sup>59</sup> LOCKE, *op. cit.*, pp. 101/104.

Na leitura de Piçarra, o “Estado, efeito do contrato social [lockeano], visa apenas garantir (*sic*) o que no estado de natureza deixaria de ser possível: a salvaguarda da propriedade e a segurança dos homens. Neste objetivo reside o seu fundamento e o seu limite.”<sup>60</sup>

Na conformação desse Estado garantidor da paz e da previsibilidade jurídica, Locke aponta que o “legislativo é o poder supremo em cada comunidade civil” e, em cumprimento de seu mister, “é obrigado a assegurar a propriedade de cada um”.

Percebe-se, aqui, perfeita identidade entre a teoria de John Locke com a primeira versão inglesa da separação de poderes, em que tudo concorria para a defesa do primado da lei, para que fossem elaboradas e aplicadas justamente, em correspondência com os interesses comuns, sem nenhuma deturpação autoritária.

Para tanto, na forma existente na Inglaterra da primeira metade do século XVII, Locke destaca que em uma sociedade civil bem organizada, que seja orientada para a observância em primeiro lugar do bem-estar de todos, não há que ser reunidas em um mesmo ente a função legislativa e a função executiva dos preceitos legais<sup>61</sup>, uma vez que

Pode ser uma tentação enorme à fragilidade humana, sempre desejosa por poder, que as mesmas pessoas que têm o encargo de criar leis, também tenham, em suas mãos, o poder de executá-las; pois tais leis poderiam ser usadas por essas pessoas em benefício próprio, tanto em relação a sua criação quanto a sua execução; e com interesses diferentes daqueles do resto da comunidade, ou seja, contrários ao propósito da sociedade e do governo.<sup>62</sup>

Das palavras do Filósofo inglês, portanto, percebe-se claramente a teorização da separação dos poderes com o fito precípuo de impedir a prática absolutista de se concentrar na mão de um só — ou de um determinado grupo social — as funções de produzir e ao mesmo tempo de aplicar as leis regentes no âmbito estatal.

Nesse aspecto, exsurge a vertente liberal da teoria lockeana, na medida em que, mesmo a casa de representantes do povo haveria que ser contida e os seus poderes limitados (separados e atribuídos a outro) para se preservar a justiça da lei (e as garantias dos cidadãos), tanto na elaboração, quanto na aplicação.

Por isso, deve haver, paralelamente, em uma mesma comunidade civil, o Poder Legislativo, tido por ele como poder soberano, para exercício da função de criação das leis

---

<sup>60</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 67/68.

<sup>61</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 108.

<sup>62</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 115.

regentes da sociedade<sup>63</sup> e o Poder Executivo, para cuidar da aplicação dessas leis. Ambas as funções hão de ser exercidas por agentes necessariamente distintos, evitando-se que o responsável pela criação de leis seja também o executor dos preceitos, o que levaria, segundo Locke, à tirania<sup>64</sup>.

De se destacar que essas colocações de Locke se confundem com os termos da *rule of law* inglesa<sup>65</sup> — isto é, com a primeira versão inglesa da separação de poderes, que lutava contra a acumulação pelo Parlamento dos poderes de legislar, de julgar e de punir — e retratam um período político conturbado na Inglaterra, de intensas mudanças políticas, que conduziram à expatriação de um Rei e à queda de uma dinastia<sup>66</sup>, em claro processo de fortalecimento politicoinstitucional do Parlamento.

A propósito desse tema, Fábio Lima Quintas traça bem a linha coincidente entre a doutrina lockeana e os termos da *rule of law* em excerto que merece referência:

Da necessidade de impedir que o Legislativo execute as leis que faz, extrai-se a concepção da separação de poderes em Locke: exigência de separação (orgânica-pessoal) entre poder legislativo e poder executivo. Percebe-se, ainda, que, em Locke, a separação de poderes é um pressuposto para a *rule of law*, a qual expressa o modelo de Estado defendido pelo Autor.<sup>67</sup>

Além desses dois poderes, Locke aponta a existência de um terceiro, o Poder Federativo, cuja função é atrelada às relações exteriores da comunidade civil, à “administração da segurança e do interesse do povo e de todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos à sociedade”<sup>68</sup>.

No que respeita ao exercício do Poder Federativo, Locke sugere, muito ao revés do que faz em relação ao Poder Legislativo, que caminhe junto com o Poder Executivo, unidos em um mesmo ente comunitário. Para ele, embora sejam distintas as funções estatais desempenhadas, ambas necessitam da força do povo para serem bem exercidas e, dessa maneira, colocá-las em mãos distintas resultaria, provavelmente, em desordem e ruína.

---

<sup>63</sup> Reforçando a ideia de que o Parlamento não é soberano *per se*, mas pela representação popular e pela função legislativa, Piçarra (*op. cit.*, p. 76) bem coloca que: “Se a soberania pertence ao povo, há-de ser superior o poder do Estado que em primeira linha exprimir a sua vontade. A supremacia da função legislativa é, neste contexto, consequência de ser ela a expressão primacial da vontade popular manifestada por uma assembleia de representantes eleitos.”

<sup>64</sup> “Devemos entendê-la [a separação de poderes], pois, como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2013. p. 72)

<sup>65</sup> QUINTAS, Fábio Lima. *Direito e economia: o poder normativo da administração pública na gestão da política econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 152.

<sup>66</sup> BONAVIDES, 2008, p. 241

<sup>67</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2007, p. 153.

<sup>68</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 116.

A estrutura orgânico-estatal lockeana, portanto, seria dualmente dividida: de um lado, o exercente da função legislativa, de elaboração dos atos legislativos; do outro, a aglutinação em um mesmo ente das funções executiva e federativa, sendo esse sítio adequado para que se cuide da aplicação das leis. Na visão de Locke, bastaria a separação dos poderes e o exercício diferenciado pessoalmente para se afastar a tirania.

Vale destacar dois elementos relevantes da doutrina clássica da separação de poderes que não estão presentes na teoria de Locke: não há previsão acerca do Poder Judiciário, muito embora reconheça, nas comunidades civis, a existência “de um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para determinar todas as diferenças de acordo com a lei estabelecida”<sup>69</sup>; e, também, a ausência que lhe rende mais críticas, a não previsão de inter-relação harmônica entre os poderes, do balanceamento existente na terceira versão inglesa da separação de poderes.

Como visto anteriormente, a primeira versão inglesa da separação de poderes lutou contra o exercício, pelo Parlamento, da função legislativa conjuntamente com a função executiva — que, no início do século XVII, confundia-se com o Poder jurisdicional. Defendeu-se, na *rule of law*, a separação do poder de legislar do poder de julgar e punir, que antes eram colocados nas mãos do Parlamento.

Essa pretensão separatista, todavia, não representou, à época, a constituição de um poder independente para o exercício da função jurisdicional, mas a aglutinação, no Poder Governamental (que na segunda metade do século XVII passaria a ser chamado de Poder Executivo), das funções atinentes à aplicação da lei advinda do Parlamento. O Poder Judiciário, assim, não era reconhecido, seja na doutrina lockeana, seja na vida politicoinstitucional inglesa, como um dos poderes independentes estatais.

Quanto à inexistência de alusão à doutrina inglesa da *balance of powers*, a explicação pode ser meramente cronológica, ciente de que a obra de Locke é do final do século XVII e a teoria desenvolveu-se preponderantemente ao longo do século XVIII. Essa ausência, entretanto, serve de fundamento para as principais críticas sofridas pelos escritos de Locke acerca da teoria da separação de poderes e, por outro lado, de crédito e prestígio a Montesquieu<sup>70</sup>, como passa a ser trabalhado.

---

<sup>69</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 102.

<sup>70</sup> James Madison (HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *The Federalist: a commentary on the Constitution of the United States*. Edição: Robert Scigliano. New York: The Modern Library, 2001, p. 308) destaca, acerca de Montesquieu e da teoria da separação de poderes, que: “*The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu. If he be not the author of this invaluable precept in the Science of politics, he has the merit at least of displaying and recommending it most effectually to the attention of mankind.*” No mesmo sentido: PIÇARRA, *op. cit.*, p. 63.

### 1.3.3. Montesquieu e a terceira versão inglesa da separação de poderes

Montesquieu é considerado por muitos o autor da mais precisa sistematização do princípio da separação de poderes elaborada no século XVIII. Embora, do que se viu da história inglesa e da teoria lokeana, seja difícil encontrar na teoria do Jurista francês algo verdadeiramente original, os seus escritos deram “o impulso decisivo para transformar a doutrina da separação de poderes (...) em critério do Estado constitucional”<sup>71</sup>.

A sua fundamental contribuição, entretanto, não é imune a críticas. Paulo Bonavides, por exemplo, expõe, com razão, que a formulação do francês foi bastante contestada, não pela elaboração teórica em si, mas pelo fato de que na Inglaterra, realidade que supostamente retratava, não “existia, com o regime parlamentar já consolidado pela omissão dos primeiros reis da dinastia imperante, uma separação de poderes qual o autor do Espírito das Leis a descrevia e teorizava”.<sup>72</sup>

A mais importante das críticas, sob o ponto de vista da consistência de sua teoria, diz respeito exatamente ao parlamentarismo já instalada na Inglaterra, sociedade que supostamente era analisada por Montesquieu na construção da doutrina, e a ideia exposta por ele de que o Rei era titular do poder soberano e deveria exercer, conjuntamente com os nobres, a função legislativa estatal.

Essa não era, como já visto, a realidade inglesa, cuja função legislativa era deferida aos nobres e ao povo — mais a esses, via Parlamento, menos àqueles —, mas a experiência francesa pré-absolutista, em que o monarca e a nobreza legislavam, sem nenhuma participação popular<sup>73</sup>.

Montesquieu, assim, formulou uma teoria de separação de poderes, influenciado por suas raízes sociopolíticas francesas, negando a soberania popular e o princípio representativo, elementos políticos que formavam o ambiente institucional inglês com grande relevância, mas não estavam presentes na França.

Essas e outras críticas têm pertinência, no sentido de que a teoria de Montesquieu, de fato, não retrata fielmente a “Constituição inglesa”. Ocorre, todavia, que, embora contenha elementos que não possam ser exatamente confirmados nas vivências social e

---

<sup>71</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 122.

<sup>72</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 267. No mesmo sentido, Karl Loewenstein (*op. cit.*, p. 60) aduz que: “No deja de tener cierta ironía que cuando Montesquieu visitó Inglaterra (1729-1731) malinterpretó fundamentalmente el orden constitucional británico, entonces existente, al resaltar una separación entre el legislativo y el ejecutivo, que virtualmente había desaparecido desde Guillermo III y Ana, ...”

<sup>73</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 118/120.

político-institucional da Inglaterra do século XVIII, a teoria do Jurista francês parte de alguns pressupostos que, à época, somente podiam ser observados naquela Ilha<sup>74/75</sup> para estruturar a sua ideia de separação de poderes:

Acomodando a participação do rei, nobres e populares — portanto, pensado sobre uma sociedade estamental —, o Estado exerce o seu poder dividido em três funções, que se afigurariam exaurientes quanto à estruturação institucional: de elaboração das leis — Poder Legislativo; executivo das coisas que dependem do direito das gentes — Poder Executivo; e executivo das coisas que dependem do direito civil — Poder de julgar<sup>76</sup>.

Descrevendo a função de cada um dos três poderes estatais que indica, Montesquieu estabeleceu a sua teoria, no Livro XI do *Espírito das Leis*, na busca de apontar a estrutura de um Estado que garantisse aos seus cidadãos o que ele considerou como “*liberdade política*”<sup>77</sup>, liberdade essa que, se bem examinada, coincide com os ideários e propósitos da *rule of law*<sup>78</sup> e, conseqüentemente, com a primeira versão inglesa da divisão de poderes.

Em seus termos, a liberdade política nem sempre é encontrada nos Estados moderados, uma vez que ela somente existe naqueles em que não haja abuso de poder, em que os exercentes dos poderes estatais encontrem limites institucionais que impeçam que assumam posições tirânicas contra os cidadãos e contra o próprio Estado. Em suas palavras, “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.”<sup>79</sup>. Para tanto, o Filósofo francês enfatiza que, para se alcançar a liberdade e evitar a tirania, é fundamental que os três poderes sejam exercidos por pessoas ou por “*corpo de magistrados*” distintos.

---

<sup>74</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 90.

<sup>75</sup> Piçarra (*op. cit.*, p. 104) aduz que:

“Viu-se que em Inglaterra, na primeira metade do século XVIII, a separação de poderes constituía, juntamente, com a ideia de monarquia mista, de balança dos poderes, de freios e contrapesos, um amálgama complexo.

Montesquieu é claramente tributário de todas elas, incorporando-as na sua doutrina, que só por antonomásia pode ser denominada separação de poderes.”

<sup>76</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, pp. 165/166.

<sup>77</sup> “É verdade que nas democracias o povo parece fazer aquilo que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar.” (MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 164)

<sup>78</sup> Há, no conceito de liberdade política defendido por Montesquieu, precisa aproximação com os preceitos da *rule of law*, como bem pontua Piçarra (*op. cit.*, p. 90): “A própria ideia de liberdade de que parte, nada mais é do que a decorrente da concepção da *rule of law*, negando valor à ‘liberdade natural’, reporta a liberdade própria do homem à lei ‘(...) numa sociedade em que há leis, a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem’. A liberdade consiste, pois no poder agir nos limites da lei. É uma liberdade pela lei.”

<sup>79</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, pp. 164/165.



Na esteira, portanto, da *rule of law*, a liberdade do cidadão estaria garantida em uma sociedade em que houvesse a supremacia da lei e em que os processos de elaboração e de aplicação dos atos legislativos estivessem separados, orgânica e pessoalmente.

Como exemplo que não deveria ser seguido, Montesquieu cita a Veneza de seu tempo, em que, embora existissem três órgãos estatais distintos para o exercício do Poder Legislativo (grande conselho), Poder Executivo (*pregadi*) e Poder de julgar (*quaranties*), os integrantes eram todos de um mesmo grupo, “fato que faz com que não componham senão um mesmo poder.”<sup>80</sup>

No Espírito das Leis, os cidadãos confundem-se com o povo, os comuns da Inglaterra, que devem exercer determinado naco de poder estatal, conjuntamente com o rei e os nobres, evitando-se a tirania que possa advir da centralização nas mãos de um ou de poucos de uma mesma classe. Montesquieu trata, portanto, de uma sociedade estratificada e estamental<sup>81</sup>, em que os populares, na sua concepção, deverão exercer a função julgadora, deixando ao rei e aos nobres a função executiva e legislativa.<sup>82</sup>

Independentemente da separação de poderes, orgânica e pessoal, e da imobilidade social, Montesquieu não estabeleceu categorias funcionais estanques, sob o ponto de vista institucional — e esse, quiçá, seja o grande avanço de sua teoria em relação à de Locke —, mas, sim, poderes estatais que exercem precipuamente determinada função e que, em possíveis excessos do outro, têm a capacidade de intervir, limitando-o e evitando abusos que poderiam levar à tirania. Para ele, deve existir instrumentos para que um poder contenha o outro, influenciando no mister alheio, nos moldes da terceira versão inglesa da separação de poderes e da teoria da balança de poderes.

Nesse aspecto, Eros Grau ressalta que, o “que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.<sup>83</sup>

Postas todas essas bases, Montesquieu, em conclusão, descreve “a constituição fundamental” do Estado que respeita a liberdade política:

Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder

---

<sup>80</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 167.

<sup>81</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 110.

<sup>82</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 118/119.

<sup>83</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 230.

legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo.<sup>84</sup>

Como exemplo dessa essencial inter-relação entre os poderes, para que sejam forçados a caminhar de acordo, o Filósofo francês trata do “direito de veto” que o Executivo possui sobre o Legislativo para que participe da função legislativa, não para estatuir, mas para impedir que o poder legiferante extrapole suas funções<sup>85</sup>.

De outra banda, Montesquieu também trabalha a questão do *impeachment*, deferindo ao Parlamento o poder de responsabilizar criminalmente “os ministros” do rei — não ele próprio, o monarca, que seria sagrado e soberano no Estado<sup>86</sup>, na teoria do Francês, que não haveria de sofrer interferências direta dos demais.

Essa, pois, a constituição fundamental pensada por Montesquieu, que, na mesma linha de Locke, lutava contra o absolutismo estatal de seu tempo, contra a reunião, em uma só mão (ou nas mãos de apenas um grupo social) todo o poder estatal — de criar e de executar as leis, além de julgar as infrações a elas.

Indo um pouco mais adiante, portanto, o Francês tratou não somente a separação de poderes, mas também da necessidade de haver uma forma de controle de um poder sobre o outro, contemplando em sua doutrina, assim, a teoria inglesa da balança dos poderes, em que, efetivamente, havia a contenção recíproca.

Sobre o Poder Judiciário, especialmente, cabe anotar que, embora seja lido no Espírito das Leis que “[t]ambém não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo”<sup>87</sup>, Montesquieu, influenciado pelo ideário iluminista de então — na França, como se verá, dominado pelo respeito ao princípio da legalidade e em frequente busca de fortalecimento do Legislativo em contraponto do poder real absolutista —, afirma que, “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei”.

O Judiciário, para ele, não era, em verdade, um dos poderes estatais; a jurisdição, sim, como função estatal, deveria existir, embora não houvesse que ser exercida por órgão perene, mas em um tribunal convocado em determinadas épocas do ano para funcionar apenas o tempo necessário com pessoas escolhidas na classe popular. Dessa forma, segundo o Autor

---

<sup>84</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 173.

<sup>85</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, 173.

<sup>86</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, pp. 171/172.

<sup>87</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 166.

francês, “o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. E ninguém mais terá, constantemente, juízes diante dos olhos: temer-se-á a magistratura, e não os magistrados.”<sup>88</sup>

Interpretando o Espírito das Leis, Piçarra aponta que a “função judicial via-se, assim, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal cuja consistência deveria ser absoluta”<sup>89</sup>. Para o Autor português, na concepção liberal de Montesquieu, a “sentença proferida no caso concreto seria a mera reprodução fiel do já decidido genérico-abstractamente pela lei.”<sup>90</sup>

Há, aqui, mais um ponto de crítica à teoria de Montesquieu em relação à análise da realidade politicoinstitucional inglesa que pretendia retratar e, especialmente, à diferenciação do sistema de Direito adotado pela Inglaterra — *common law* — e pela Europa continental — *civil law*.

Primeiro, não existia na Inglaterra um Poder de julgar, muito menos um órgão independente que exercesse essa função jurisdicional estatal: antes da *rule of law*, a função era desempenhada pelo Parlamento; após as lutas separatistas, pelo Poder Executivo ou Governamental.

Depois, por mais que a lei estivesse no centro e regendo todas as práticas do Estado na Ilha e no Continente, a sua aplicação “mecânica lógico-silogística” ao caso concreto, como defendido por Montesquieu e pela fileira iluminista, não era a realidade de um juiz inglês, embora existissem, lá, também, defensores da total submissão do magistrado ao ato legislativo. Como destaca Piçarra, “são bem conhecidas quer a função inequivocamente criadora e constitutiva de Direito dos juízes ingleses quer a sua margem de autonomia decisória, no quadro do sistema de precedentes do *common law*”.<sup>91</sup>

Na Inglaterra, portanto, em que existia a ideia de um direito natural a condicionar toda a sociedade, os juízes podiam caminhar também por um ambiente metajurídico, fora do ordenamento positivado, e ali encontravam as soluções jurisdicionais, formando os precedentes que passariam a guiar a todos.

Aqui, mais um ponto de divergência entre o objeto e a narrativa produzida a respeito dele, mas que não tira de Montesquieu o prestígio de ter influenciado o mundo ocidental com a

---

<sup>88</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 167.

<sup>89</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 96.

<sup>90</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 96/97.

<sup>91</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 97.

sua teoria de separação de poderes estatais. A narrativa, nesse caso, tem mais proximidade com a realidade (francesa) vivenciada pelo narrador do que com a localidade (Inglaterra) onde diz-se ter sido encontrado o objeto.

Prova disso é que, se esse modelo não podia ser visto na vida politicoinstitucional inglesa, o Código Civil napoleônico, em 1804, erigido a partir dos pressupostos liberais/iluministas, positivou a “idéia de que tôda obra jurídica se encontrava completa, não mais restando ao juiz senão interpretá-la, porém numa espécie de vassalagem dócil ao legislador”.<sup>92</sup>

Em epítome, a concepção do princípio da separação de poderes tratada por Montesquieu pressupõe a distinção material das funções estatais e a atribuição do desempenho de cada uma delas a um órgão ou a um conjunto de órgãos específicos e independentes entre si e que existam garantias institucionais que nenhum deles consiga controlar, sozinho, todo o poder político. Pressupõe, também, inobstante seja garantida a independência de cada órgão, que não pode ela ser absoluta, mas devem existir medidas que possibilitem a um órgão intervir no mister do outro — medidas de freios e contrapesos, com o poder contendo o poder — de modo que não sejam cometidos abusos.<sup>93</sup>

#### **1.3.4. Europa continental: liberalismo e separação de poderes**

Muito diferentemente do que ocorreu na Inglaterra pós-medieval — que já havia instalado uma monarquia mista e conhecia no princípio da representatividade uma força política que elevou o Parlamento à estatura de poder supremo, dada, também, à noção de soberania popular que já se instalava —, a Europa continental aprofundou-se em monarquias absolutistas, com todo o poder concentrado nas mãos do Rei — com participação, no máximo, da nobreza, que lhe apoiava e, quando muito, não o contestava.

O cenário inglês dos séculos XVII e XVIII, de mudanças institucionais com a criação e o estabelecimento do Parlamento como o órgão responsável pelo exercício da função (suprema) legislativa estatal, Parlamento que se afigurava como uma instituição representativa popular — todos os homens maiores de 21 anos —, constituindo um dos marcos da Revolução Industrial, dado que possibilitou a ascensão política da burguesia, que já vinha fortalecida economicamente.

---

<sup>92</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentário à Lei de Introdução ao Código Civil, vol. 1, 2ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959, p. 114.

<sup>93</sup> PICARRA, *op. cit.*, pp. 12/13.

No Continente, contra as monarquias absolutistas europeias daquela época<sup>94</sup>, iniciou-se o movimento constitucionalista, liderado sobretudo pela burguesia local, que se afigurava fortalecida com as transações mercantis marítimas da época, visando à imposição de limites ao poder estatal.

A pretensão burguesa era a de reduzir o âmbito de atuação estatal quase que exclusivamente às funções de proteção contra ameaças externas, de garantia das liberdades fundamentais universais do homem — notadamente as liberdades de exercício profissional e as de livre comercialização interna e externamente —, de proteção contra agressões ilegais perpetradas por outros cidadãos ou pelo próprio Estado — proteção da propriedade contra ataques de não proprietários<sup>95</sup> — e de criação de determinadas instituições que não poderiam ser delegadas à esfera privada<sup>96</sup>.

Nessa concepção liberal, a Constituição nada mais era do que uma Carta de direitos que impunha ao Estado delimitação precisa da sua estruturação e da sua forma de atuação e o respeito às liberdades do indivíduo, tema bem tratado por Fábio Lima Quintas na passagem seguinte:

Dessa forma, as Constituições, como balizadoras de espaço estatal que eram, e essa era a natureza inconspicível das Constituições de então, revelavam esse denodo ao cuidarem de forma exhaustiva o modo pelo qual o Estado deveria se organizar e ao placitarem a liberdade do cidadão perante o Estado e a igualdade formal entre os particulares.<sup>97</sup>

O movimento popular, capitaneado pela burguesia, bebia das ideias iluministas de então e pregava “a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em ordens naturais, gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder”.<sup>98</sup>

Examinando, pois, os pressupostos das mudanças institucionais pretendidas pela classe burguesa, que se concretizaram, tendo como marco a Revolução Francesa, especialmente

---

<sup>94</sup> “Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o *Leviatã*, a obra clássica do Absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço.” (BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 36).

<sup>95</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 119.

<sup>96</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2007, p. 59.

<sup>97</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2007, p. 60.

<sup>98</sup> PICARRA, *op. cit.*, p. 143.

a queda da Bastilha<sup>99</sup>, percebe-se claramente dois elementos fundamentais à constituição estatal, além da redução do seu âmbito de atuação: respeito às leis e à separação e diferenciação dos poderes estatais. Conseqüentemente, dois princípios basilares exsurgem como estruturantes do Estado Moderno pós-absolutismo: o da legalidade e o da separação de poderes.

A respeito do princípio da legalidade, Paulo Bonavides bem o apresenta como a “premissa capital do Estado Moderno”, nos termos seguintes:

Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.<sup>100</sup>

O princípio da legalidade apresentava-se com duas funções absolutamente claras: fortalecer a posição do Legislativo, que, na realidade inglesa e nos termos lockeanos, era o poder supremo das comunidades civis<sup>101</sup>, mas, no Continente, era subjugado pelas monarquias absolutas; e condicionar as ações estatais e dos cidadãos à observância estrita da lei, o que trazia proteção aos contratos e à propriedade privada<sup>102</sup>.

É necessário esclarecer que a ideia de o Poder Legislativo ser supremo decorre não de superioridade da instituição em si, mas do produto dele gerado — a lei —, que submete os demais poderes responsáveis pela sua aplicação.<sup>103</sup>

Somada aos princípios da igualdade (formal) e da liberdade<sup>104</sup>, lemas da Revolução Francesa, a legalidade estrita trazia à burguesia a estabilidade e a previsibilidade jurídica

---

<sup>99</sup> “A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável”. (BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 40).

<sup>100</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 41.

<sup>101</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 108.

<sup>102</sup> “O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado.” (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6ª edição. São Paulo: Malheiro, 2005a, p. 124). Sobre a proteção da propriedade, Locke (*op. cit.*, p. 111) aponta que “o poder supremo [Legislativo] não pode tirar parte da propriedade de qualquer homem sem o seu próprio consentimento, pois a preservação da propriedade é a finalidade do governo, e é por isso que os homens optam por viver em sociedade, que necessariamente admite e exige que o povo deva ter propriedade.”

<sup>103</sup> QUINTAS, Fábio Lima. O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. 12.4.2013. 376 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 12.4.2013, p. 93.

<sup>104</sup> Nas palavras de Piçarra (*op. cit.*, p. 144), “a construção de novos modelos de Estado e novas formas de poder político que, em radical alternativa à velha ordem feudal, garantam a afirmação do indivíduo enquanto tal, a salvaguarda dos seus interesses próprios, e lhe assegurem uma liberdade, a liberdade moderna, que é, essencialmente, autonomia individual perante o Estado e a sociedade ...”

pretendida contra desmandos estatais e contra ataques possíveis dos próprios cidadãos. Relativamente a essa estabilidade e previsibilidade, Kelsen bem descreve o direito de propriedade existente no seio do Estado Liberal:

O direito de propriedade de um indivíduo sobre uma coisa consiste em que todos os outros indivíduos são obrigados a suportar o exercício do poder de disposição que este indivíduo tem sobre a coisa, o seu uso, o seu não-uso e até a sua destruição, e que o indivíduo em face do qual existe o dever de tolerância de todos os outros tem o poder jurídico, tanto de dispor da coisa através de negócio jurídico, como de fazer valer, através de ação judicial, o não-cumprimento do dever de tolerância por parte daqueles outros indivíduos.<sup>105</sup>

O Estado mínimo pretendido pelos liberais, que muito pouco interferia nas relações sociais e, especialmente, nas relações mercadológicas, a proteção absoluta à propriedade e aos contratos, a liberdade e a igualdade, nos seus aspectos formais, atendiam bem aos anseios mercantis da classe burguesa que ascendia.

Nesse diapasão, os escritos do Espírito das Leis harmonizam-se com a pretensão burguesa, iluminista, na medida em que fortalecia o Legislativo e, conseqüentemente, o princípio da legalidade, atribuindo ao Poder de julgar apenas a função de ser a “boca da lei”, o que lhes trazia previsibilidade jurídica, especialmente quanto à proteção da propriedade.

Para tanto, entraria em cena, também, a divisão de poderes, desconcentrando o poder das mãos do Rei, fortalecendo o Poder Legislativo (limitando-o, igualmente), submetendo todos (também os exercentes do poder) à Constituição e aos preceitos legais.

Como especifica Piçarra, o princípio da separação de poderes, no seio do Estado Liberal, “foi de um relevantíssimo significado constitutivo, não só enquanto princípio organizatório, mas também enquanto princípio teleológico ao serviço daquilo que para o direito constitucional liberal assumiu relevância primordial: os direitos fundamentais de liberdade.”<sup>106</sup> A propósito do tema, Jorge Miranda bem descreve a ideia de separação de poderes no seio do constitucionalismo liberal europeu:

Para os constitucionalistas liberais, não é a separação dos poderes algo de construído, que se obtenha por elaboração dos preceitos da Constituição. Jurídico — formalmente encontra-se sempre separação, na medida em que haja pluralidade de órgãos: pois cada órgão possui certa competência, que não pode colidir com as competências dos outros. Ora, no pensamento daqueles, exige-se mais do que isto: a separação estriba-se numa distribuição de competências, justificada *a priori*, e deduzindo-se cada poder, materialmente encabeçado num órgão, do princípio de cada função, necessária e diferente. A independência recíproca dos órgãos consiste na independência

---

<sup>105</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003a, p. 344.

<sup>106</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 145.

dessas funções e tem por resultado entender-se cada acto jurídico-público com o integrado em determinado processo em nome de determinado órgão.<sup>107</sup>

É nesse contexto, como visto, que se formou o princípio da separação de poderes, doutrina que, nas lutas constitucionais contra o absolutismo monárquico europeu, teve grande e essencial influência de John Locke e de Montesquieu e desencadeou a expressa previsão do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no sentido de que “[t]oda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes não possui constituição.”<sup>108</sup>

#### **1.4. O poder dividido nos EUA: um recorte importante**

Do outro lado do Atlântico, sob a influência (de como fazer e de como não fazer) da “Coroa britânica”<sup>109</sup> e de Montesquieu<sup>110</sup>, James Madison, em *Os Federalistas*, e a própria Constituição dos Estados Unidos consagram o princípio da separação de poderes no âmbito estatal, de forma tripartite, em que devem coexistir harmonicamente, inobstante controlando-se reciprocamente.

Embora tenham sido adotadas as bases da teoria da separação de poderes e do constitucionalismo europeu, na América, a estrutural estatal foi conformada de outra maneira, o que ensejou Jorge Miranda a afirmar que o “constitucionalismo norte-americano, tão próximo nas suas origens doutrinárias [europeias], tão distante nas soluções que adoptou e desenvolveu”.<sup>111</sup>

Os avanços do constitucionalismo estadunidense são frutos primeiro do gênio inventivo dos que habitavam as então colônias britânicas; depois, pelo fato de inexistir forte tradição politicoinstitucional local — como uma Nação —, puderam escolher livremente os

---

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. 1ª edição (1968) – reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 45.

<sup>108</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, pp. 42/43 e 266.

<sup>109</sup> “Há muito de verdade na afirmação de que os americanos transplantaram, para o novo continente, as instituições inglesas, à exceção do rei que não tinham. Em seu lugar inventaram a figura do Presidente.” (SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 60/61).

<sup>110</sup> “De outro lado, a influência direta de Montesquieu sobre o Texto Mario americano é evidente. Os Estados Unidos, sociedade política de baixo para cima, em que a nação, com todas as suas instituições sociais, antecipou-se ao Poder e ao Estado, apresentava o terreno fértil para o florescimento das teorias contratualistas do liberalismo, às quais se ajusta perfeitamente a tripartição dos poderes na versão de Montesquieu.” (SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 61)

<sup>111</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, p. 53.



destinos da nova sociedade que se formava, especialmente para construir algo que fosse ao encontro da estrutura inglesa social (estamental) e política (monarquia).<sup>112</sup>

A experiência constitucional inglesa foi, sim, aproveitada pelos americanos, que a aprimorou fundamentalmente, a começar pela ideia de Constituição: ao começarem as hostilidades nos idos 1764 entre Coroa e Colônia, os que estavam no Continente americano, defendendo-se das posições arbitrárias da Colonizadora, contestaram a aplicação da Constituição inglesa, afirmando que, nos Estados livres, a Constituição é fixa e, como o poder e a autoridade do Poder Legislativo advêm dela, ele não pode ultrapassar os limites ali postos sem destruir a sua base de sustentação.<sup>113</sup>

Desse início de conflito, seguiu-se a independência dos Estados Unidos e, a partir de então, a nova Nação passou a ser guiada por uma Constituição que haveria de ser: escrita, para que existisse de fato e tivesse uma forma visível; emanada do povo e indisponível pelo poder estatal; e, por fim, mais abrangente do que apenas traçar a estrutura estatal, mas, também, tratar dos compromissos materiais do Estado em relação aos direitos do homem<sup>114</sup>.

Assim, portanto, foi erigida a Constituição dos EUA, em 1787, escrita e trazendo em seu preâmbulo dizeres no sentido de que se tratava de ato promulgado e estabelecido pelo “Povo dos Estados Unidos” para “formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.”<sup>115</sup>

Ainda sobre aspectos materiais da Constituição dos EUA — elementos substanciais que, como se verá adiante, possibilitaram o surgimento do *judicial review* —, o segundo

---

<sup>112</sup> René David (Os grandes sistemas do direito contemporâneo, 5ª edição. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 456/457), a propósito dessas diferenças, aponta que: “O afastamento entre eles era, a princípio, de vido essencialmente à impossibilidade de aplicar na América o direito inglês. A diferença, e por vezes a oposição entre eles, à parte as soberanias nacionais, se deve atualmente a um conjunto mais complexo de fatores: aqueles que, em diferentes planos, fazem dos Estados Unidos um Estado, e dos americanos uma nação profundamente diferente da Inglaterra e dos ingleses. A Inglaterra é uma ilha europeia; os Estados Unidos são uma massa continental menos dependentes dos vizinhos imediatos. A Inglaterra é um país de tradição; os Estados Unidos, orgulhosos dos seus antepassados que repudiaram o jugo colonial e dos imigrantes, de múltiplas raças, que vieram procurar nesse país uma nova pátria, voltam deliberadamente as costas às tradições muito antigas. A Inglaterra é uma monarquia e o seu regime político é do tipo parlamentar; os Estados Unidos são uma república e possuem um regime presidência. [...] O direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do direito inglês.”

<sup>113</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Traduzido por Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 111. René David (*op. cit.*, pp. 449 *et seq.*) aponta que desde o século XVII, quando ainda era colônia inglesa, havia lutas em terras americanas para que se procedesse à codificação do direito americano, o que trouxe aos EUA grandes influências da matriz romano-germânica de sistema jurídico, embora, ao final, tenha sido adotado o *common law*.

<sup>114</sup> GRIMM, *op. cit.*, p. 111/112.

<sup>115</sup> Tradução livre do texto acessado em 26 de dezembro de 2014 pelo sítio: constitutionus.com

parágrafo do seu artigo VI prevê a supremacia do seu Texto, das leis complementares e de tratados como o Direito da terra, aos quais os juízes estão vinculados na prolação de suas decisões. A disposição constitucional aqui aludida traz a ideia de supremacia da Constituição, localizando-a sobre os governos, os órgãos estatais e sobre os demais atos deles decorrentes.

No que respeita aos limites da atuação estatal em relação aos direitos do homem, já na primeira emenda à Constituição, proposta em 1789 como uma das dez que estabeleceram o *Bill of Rights*<sup>116</sup>, é prevista expressa restrição à atuação legislativa do Congresso contrária à liberdade de expressão e religiosa.<sup>117</sup>

Todas essas questões são colocadas para demonstrar que, partindo de ideias já desenvolvidas na Inglaterra, os EUA aprimoraram-nas — em alguns aspectos, substancialmente — e construíram um ambiente sociopolítico absolutamente diferente do que se tinha na Ilha europeia — essa ambientação, igualmente, presta-se a lançar as bases para se tratar, em tópicos adiantes, acerca do surgimento do controle de constitucionalidade.

Pois bem: sensível, também, é a influência de Montesquieu em relação à estruturação estatal dos EUA, que se arrumou em três poderes — Legislativo, Executivo e Judiciário. Não se trata, porém, como se verá, de mera acomodação da doutrina europeia ao modelo americano.

Em 1788, quando James Madison escreveu o “*The Federalist n.º. 47*”<sup>118</sup>, após um preâmbulo de explanação acerca da teoria da separação de poderes de Montesquieu e a sua busca por um padrão que garantisse a liberdade política aos cidadãos<sup>119</sup>, descreve aquele Autor uma série de Constituições estaduais norte-americanas que já previam expressamente a separação de poderes e a distinção “orgânica-pessoal” do exercente de cada um deles. Assim como ocorreu na Europa, a estruturação colocada nas Constituições estatais também apresentava uma variedade grande de conformação das instituições políticas.

Dentre esses vários exemplos constitucionais, Madison destaca o fato de que nos Estados Unidos os poderes também não eram estanques, herméticos, embora fossem separados

---

<sup>116</sup> “Em sua versão original, a Constituição [dos EUA] não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como Bill of Rights. Nelas se consagravam direitos que já constavam das constituições de diversos Estados e que incluíram as liberdades de expressão, religião, reunião e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 17/18).

<sup>117</sup> *The Constitution of the United States* acessada em 26 de dezembro de 2014 pelo sítio: constitutionus.com

<sup>118</sup> HAMILTON *et al*, *op. cit.*

<sup>119</sup> “In order to form correct ideas on this important subject, it will be proper to investigate the sense in which the preservation of liberty requires that the three great departments of power should be separate and distinct.” (HAMILTON *et al*, *op. cit.*, p. 308)

organicamente e exercidos por pessoas distintas<sup>120</sup>. Ao revés, Madison cita, por exemplo, a Constituição do Estado de Massachusetts para dizer que, embora fosse prevista expressamente os preceitos da doutrina, com separação e distinção das funções estatais, a Carta estadual permitia, também, uma parcial interferência de um poder sobre o outro, tal qual a existente na terceira versão inglesa da separação de poderes e o — previsto por Montesquieu — veto executivo a determinada legislação advinda do respectivo poder<sup>121</sup>. Trata-se da adoção da teoria da balança dos poderes, que, ao desembarcar os EUA, adotou o nome de *checks and balances*.

Por outro lado, grandes diferenças existem entre o sistema adotado pelos EUA e a teoria de Montesquieu: sai o Rei, entra o Presidente eleito para mandatos temporários; também o Legislativo é eleito pelo povo, que é soberano<sup>122</sup>, nos termos da Constituição, e o representa no exercício da função legiferante<sup>123</sup>; a sociedade não era dividida em estamentos, mas composta por cidadãos iguais e detentores de liberdade; o Poder Judiciário, em mesmo nível dos demais, é composto por juízes profissionais e que não são limitados à função de reprodutores automáticos dos dizeres da lei.

Muito ao revés, a propósito, quanto à atuação do Judiciário americano, que conservou a liberdade dos juízes ingleses, inseridos igualmente na tradição do *common law*, que confere “aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito”<sup>124</sup>.

Deveras, o soberano, nos EUA, é o povo e, como cada um dos três Poderes exerce sua função como expressão dessa soberania, inexistente entre eles hierarquia ou isenções decorrentes de privilégios sagrados (como o Rei na Europa continental e o Parlamento na Inglaterra). Beneficiado pela ausência de tradição institucional<sup>125</sup> — quando colônia, integrou o quadro político inglês — os EUA conheceram a realidade e os problemas vivenciados na

---

<sup>120</sup> “If we look into the constitutions of the several States, we find that, notwithstanding the emphatical and, in some instances, the unqualified terms in which this axiom has been laid down, there is not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct.” (HAMILTON *et al*, *op. cit.*, p. 310)

<sup>121</sup> HAMILTON *et al*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>122</sup> Segundo Alexis de Tocqueville (A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Vol. 1. 2ª edição. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 65), para bem compreender as leis políticas dos EUA, há que, sempre, começar o estudo pelo princípio da soberania, que, segundo o Autor, “não é oculto ou estéril, como em certas nações; ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e chega sem obstáculos às últimas conseqüências.”

<sup>123</sup> A propósito da adoção do princípio da representação pela Constituição dos EUA, vale a transcrição da seguinte passagem escrita por Madison em “The Federalist n.º 10” (HAMILTON *et al*, *op. cit.*, pp. 58/59): “The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation, it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose.”

<sup>124</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 18.

<sup>125</sup> Piçarra (*op. cit.*, p. 147) bem coloca que: “Neste sentido, pôde igualmente ser entendido na América onde, efetivamente, não tratava de romper com qualquer ordem anterior mas de construir pela primeira vez uma ordem político-social.”

Europa, trabalharam as ideias até então existentes, e construíram um modelo semelhante — porque parte de alguns pressupostos idênticos —, mas, em certos aspectos, absolutamente original, como na questão da Constituição escrita, que não só tratava da organização estatal.<sup>126</sup>

Nesse contexto, Legislativo, Executivo e Judiciário são descritos na Constituição, com funções específicas e precisas, inexistindo qualquer tipo de limitação entre eles que não seja, de fato, de ordem constitucional.

Esse o modelo que se espalhou por um sem número de Constituições ocidentais, notadamente das Américas, tendo sido, igualmente, adotado pelo Brasil, em termos formais, desde a primeira Constituição, em 1824, até a última, de 1988.

### **1.5. Brasil: adoção da clássica separação de poderes**

Estabelecidas todas essas premissas, chega-se ao entendimento de que, na Europa, a separação de poderes estatais desenvolveu-se e alcançou a estatura de princípio constitucional em decorrência da necessidade de distribuir, orgânica e pessoalmente, as funções estatais e de impor limites aos exercentes do poder político — na Inglaterra, contra o absolutismo parlamentar; no Continente, em face da monarquia tirânica —, garantindo-se a liberdade dos cidadãos e a defesa de suas “propriedades”, como prefere Locke.

Nuno Piçarra, em dois parágrafos de sua obra, que aqui merecem ser referenciados, traz precisa descrição da clássica noção de separação de poderes que se materializou em um princípio adotado em grande parte das Constituições ocidentais:

Aqui, explica-se que o princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; que a entrega de cada uma das frações em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual.

Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência — o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controle recíproco.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Adiante, quando for tratado da origem do controle de constitucionalidade pela via incidental, cuidará da formação do princípio da constitucionalidade, que decorreu, fundamentalmente, da ideia de supremacia da Constituição dos EUA.

<sup>127</sup> PICARRA, *op. cit.*, pp. 12/13.

No Brasil, desde a primeira Constituição — art. 9º da Constituição imperial de 1824 —, adota formalmente o modelo norte-americano de divisão dos poderes estatais, tripartite — Poder Legislativo, Executivo e Judiciário —, mas, naquela primeira Carta, foi estabelecido um quarto, um suprapoder, o Poder Moderador, delegado privativamente ao Imperador (art. 98), que atuaria na harmonização da relação dos demais<sup>128</sup>, exercendo poderes diretos sobre eles. Dada a enorme concentração de poder nas mãos do Imperador, não existia, verdadeiramente, respeito aos termos do princípio da separação de poderes.

Na Constituição seguinte, a primeira republicana, de 1891, também tenta-se adotar o modelo advindo dos EUA, dividindo-se nas três clássicas esferas de atuação estatal, sem a figura do Imperador-Moderador. Destaca-se, como o faz Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, o fortalecimento do Poder Judiciário, cujos membros passam a gozar “das garantias de vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade”, além de ter havido a cessação do controle anteriormente exercido pelo Imperador sobre a judicatura, constituindo “um marco na valorização da independência do Poder Judiciário”<sup>129</sup>.

O mesmo cenário institucional é visto na Constituição de 1934<sup>130</sup>. Mas, em 1937, o golpe ditatorial de Getúlio Vargas fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, que podia governar por meio de Decretos-leis, acumulando em si, portanto, a função legislativa do Estado, embora houvesse a previsão formal da existência do Poder Legislativo. Quanto ao Judiciário, cria-se mecanismos de revisão de suas decisões pelo Legislativo, por iniciativa do Presidente<sup>131</sup>. Não havia, assim, nenhuma atenção aos termos do princípio da separação de poderes.

Em 1946, redemocratizado e com a tendência de proteção aos direitos humanos do pós-guerra, o trauma da “Era Vargas” fez buscar-se o fortalecimento do Poder Legislativo, por conseguinte, a redução dos poderes do Executivo, tentando um reequilíbrio que há muito não existia. Buscou-se, igualmente, a revalorização do Poder Judiciário, reavivando as respectivas prerrogativas e independência.<sup>132</sup>

Em 1964, instalou-se um novo governo despótico no País, agora comandado por militares, e a Constituição de 1967/69 fez lembrar o Estado Novo. Em verdade, como ressalta

---

<sup>128</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

<sup>129</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

<sup>130</sup> Há aqui uma peculiaridade no que respeita à função exercida pelo Senado: embora existisse uma estruturação tripartite, com Executivo, Legislativo e Judiciário, no Capítulo V da Carta de 1934, o Senado Federal, que também participava da vida legislativa, exercia a “coordenação dos Poderes”: “Art. 88 – Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.”

<sup>131</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

<sup>132</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

Fernandes, o cenário de então era ainda mais autoritário e promoveu inédita centralização de poder nas mãos do Executivo, que passou a manipular “não somente os outros Poderes, mas também o próprio *direito* com a edição de normas inconstitucionais, imorais e desumanas, na esteira do que foi feito, guardadas as devidas proporções, na Alemanha nazista.”<sup>133</sup>. Uma vez mais, na história do Brasil, embora houvesse a previsão de coexistência de três órgãos exercentes do Poder estatal, não ocorrida, efetivamente, nenhum respeito ao princípio que trouxe notoriedade a Montesquieu.

Dois exemplos claros do autoritarismo presidencial contra os dois outros Poderes, dentre diversos outros que aqui poderiam ser exemplificados, são: em 1969, em decorrência de um voto proferido contrariamente aos interesses do regime ditatorial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, foi aposentado compulsoriamente; e, em 1977, a intervenção militar sobre o Congresso Nacional, fechando-o, em decorrência da rejeição do projeto de reforma do Poder Judiciário.<sup>134</sup>

Nesse contexto autoritário, curiosamente, houve uma alteração constitucional, que será mais bem examinada adiante, mas que, pela essencialidade ao presente trabalho, merece desde logo referência: em 1965, aprovou-se a Emenda Constitucional 16, que inaugurou o controle *in abstracto* de constitucionalidade de leis estaduais e federais<sup>135</sup>, conferindo ao Supremo Tribunal Federal, isto é, ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, poderes para interferir no âmbito legislativo e expungir do universo jurídico, diretamente, leis estaduais e federais que afrontassem a Constituição.

Indo adiante, na década de 80, o governo militar perde força e, a partir de março de 1985, novamente um civil assume a presidência e dá início aos trabalhos para um novo — o atual — ambiente democrático, que se instalou a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988.

A separação de poderes adotada pela atual Constituição brasileira, embora parta dos pressupostos do princípio que se formou historicamente — separação orgânica e pessoal das funções, independência não absoluta dos poderes, dada a existência de freios e contrapesos —, “não incorpora uma doutrina específica ou um modelo teórico particular”, mas sim, traz “um

---

<sup>133</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

<sup>134</sup> FERNANDES, *op. cit.*, ebook.

<sup>135</sup> Conhecemos a “representação interventiva”, constante do art. 8º da Constituição de 1946, como a primeira via detida pelo Supremo Tribunal Federal para declarar, *in abstracto*, a inconstitucionalidade de uma norma estadual. O que se afirma, aqui, é que, a partir da EC 16/65, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer o poder de intervir diretamente no ordenamento jurídico com a finalidade específica de retirar dele normas inconstitucionais. Trabalharemos esses temas especificamente adiante.

arranjo institucional próprio, que se faz perceber do conteúdo efetivo posto na ordem constitucional positiva”<sup>136</sup>, como adiante será brevemente examinado.

A Carta, como visto, reconhece que todo poder emana do povo (parágrafo único do art. 1º) e divide em três órgãos, *grosso modo*, o exercício desse poder, retratado na função legislativa, executiva e judiciária (art. 2º). A divisão estabelecida e o exercício das funções, embora independentes — no contexto orgânico-pessoal da separação —, são harmônicos entre si, na medida em que inexiste uma divisão rígida sob o ponto de vista orgânico-funcional e, nesse aspecto, convivem com mecanismos de coordenação e interdependência entre eles, o que proporciona o exercício de fiscalização e de controle recíproco.

Assim o é quando a Constituição, nos arts. 44 e seguintes, estrutura o Poder Legislativo e diz que cabe a ele dispor (*i. e.*, legislar) tais e quais matérias — essa é a função primeira —, mas vai além para conferir ao Congresso Nacional, dentre diversas outras atribuições em relação ao Poder Executivo (art. 49), “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativas” (inciso V); “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República” (inciso IX); e “fiscalizar e controlar, diretamente, (...), os atos do Poder Executivo” (inciso X).

Por outro lado, “invadindo” as atribuições funcionais que seriam, primeiramente, do Poder Judiciário, a Constituição atribui à Câmara dos Deputados a competência de “autorizar (...) a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado” (art. 51, I) e atribui ao Senado Federal “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade” (art. 52, I).

De sua vez, relativamente ao exercício do poder pelo Executivo, a Constituição estabelece a sua função precípua de administração e, também, prevê o histórico poder de veto presidencial contra projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional (art. 84, V), além de uma miríade de hipóteses de interferência direta no âmbito legislativo, tal como “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamento para sua fiel execução” (art. 84, IV)<sup>137</sup> e “editar medida provisória com força de lei” (art. 84, XXVI).

No respeitante à “intromissão” do Executivo no Judiciário, a Constituição prevê que cabe ao Presidente da República, por exemplo, “nomear, após aprovação do Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal” (art. 84, XIV).

---

<sup>136</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 93.

<sup>137</sup> Sobre o poder regulamentar exercido no Brasil pelo Executivo, especialmente no âmbito das Agências Reguladoras, e a sua acomodação perante o princípio da separação de poderes, conferir: BARBOSA, *op. cit.* Sobre o Estado Administrativo, conferir: WALDO, Dwight. *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

Ao Poder Judiciário, a Constituição atribui a função jurisdicional para processar e julgar pretensões exercidas por uma parte em face de outra, que litigam em busca da tutela jurisdicional relativa a um bem da vida. No campo legislativo, compete ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa do processo legislativo complementar para tratar sobre o Estatuto da Magistratura (art. 93, *caput*). Na execução, as tribunais são responsáveis pela administração de suas secretarias e dos juízos que lhe forem vinculados, pela contratação de magistrados e de serviços e por cuidar das respectivas vidas funcionais (art. 96 e incisos).

Há, por fim, a interdependência do controle concentrado de constitucionalidade da lei *in abstracto*, função deferida ao Supremo Tribunal Federal para que processe e julgue, originariamente, “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 102, I, “a”, da Carta), função essa muito estudada em relação ao exercício institucional em si, mas pouco compreendida em termos de pressupostos da qualificação funcional estatal.

Sendo essa uma das premissas necessárias à conclusão deste trabalho, vale um estudo mais detalhado acerca do Poder Judiciário, da função jurisdicional que lhe é essencial e da sua não muito antiga competência para imiscuir no ordenamento jurídico brasileiro para extirpar dele as leis e atos normativos que entenda contrários à Constituição.



## Capítulo II

### 2. FUNÇÃO JURISDICIONAL, PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A ideia de separação de poderes, como visto, caminhou pela história e pelas sociedades modernas moldando-se a cada momento e às idiossincrasias do ambiente sociopolítico em que era desenvolvida. Igualmente, o Poder Judiciário, ou melhor, a função jurisdicional passou por diversos estágios de desenvolvimento e de abrangência de atuação estatal na história, sofrendo influência do sistema jurídico adotado e do ambiente institucional vivenciado nacionalmente.

O presente tópico dedica-se ao exame do Poder Judiciário e da função jurisdicional atualmente. Para tanto, analisará o conceito de jurisdição, tentado demarcar suas fronteiras; depois, examinará as duas formas brasileiras de controle repressivo de constitucionalidade e, ao final, tentará responder à indagação: é a jurisdição constitucional verdadeira jurisdição?

Primeiro, como dito, é necessário entender até onde pode ir o conceito de jurisdição.

#### 2.1. Função jurisdicional: limites à ampliação do conceito de jurisdição

Como recorte metodológico, aponta-se, desde logo, que não se pretende revisar o conceito de jurisdição, mas, sim, de qualificá-lo atualmente e apontar os limites de ampliação daquilo que deve ser entendido como a função jurisdicional estatal. Nessa medida, não é conveniente, para os fins deste trabalho, examinar cada um dos posicionamentos clássicos acerca do conceito de jurisdição, que podem ser colhidos em James Goldschmidt<sup>138</sup>, Giuseppe Chiovenda<sup>139</sup>, Francesco Carnelutti<sup>140</sup>, Piero Calamandrei<sup>141</sup>, Salvatore Satta<sup>142</sup>, Elio Fazzalari<sup>143</sup>, dentre outros autores clássicos que poderiam ser consultados.

---

<sup>138</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traduzido por Leonardo Prieto Castro. Com acréscimos doutrinários de Niceto Alcalá-Zamora Castilho. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

<sup>139</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 3ª edição. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

<sup>140</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª edição. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

<sup>141</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 2ª edição. Traduzidos por Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

<sup>142</sup> SATTÀ, Salvatore. *Derecho procesal civil*. Vol. 1. Traduzido por Santiago Santís Melendo e Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

<sup>143</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

Basta a colocação da premissa, a partir do que escreveu Ricardo de Barros Leonel, da existência de duas vertentes doutrinárias, uma que defende a ideia de que “a jurisdição tem por finalidade a aplicação da vontade da lei” — corrente liderada por Chiovenda — e, outra, defensora de que “a jurisdição tem por escopo, por meio do processo, a composição da lide” — linha cujo precursor é Carnelluti<sup>144</sup>. Embora partam de pontos diferentes — “aplicação do direito” e “composição da lide” —, Leonel afirma que os italianos “conceberam a jurisdição, ainda que cada qual com sua própria dicção, como atuação destinada à *declaração e aplicação do direito ao caso concreto* (atuação da vontade da lei), a *solução de conflito*, e ainda à *tutela de direitos*.”<sup>145</sup>

Essa clássica — e sobremaneira limitada — dimensão do conceito de jurisdição, especialmente no que respeita à ideia de apenas “atuação da vontade da lei”, não se compatibiliza com a teoria (e a prática) hodierna. Para boa definição conceitual, fazendo a qualificação necessária para distingui-la das outras funções estatais, notadamente da função legislativa, há que se examinar a jurisdição sob o enfoque de seu âmbito material de atuação e do seu objeto.

### **2.1.1. Âmbito material da atuação jurisdicional**

Um dos atrativos ao homem para que firmasse o contrato social lockeano e se integrasse à comunidade civil era, como visto, estar submetido a leis conhecidas e previsíveis e, em caso de conflito, ser submetido a julgamento perante juízes conhecidos e imparciais. Locke retratou a sociedade inglesa de seu tempo, onde os juízes, sob o sistema do *common law*, embora estivessem também vinculados à lei advinda do Parlamento, poderiam, para a prestação jurisdicional, isto é, para decidir um conflito de interesse concreto, buscar a solução no direito natural e, em determinados casos, até afastar a aplicação do ato parlamentar, positivado, declarando-o nulo.

Raúl Enoc Calderón, nesse sentido, narra que em 1610, na Inglaterra, o juiz Eduardo Coke proferiu sentença em que afirma que a judicatura tem poderes para revisar os atos parlamentares e declará-los nulos se forem contrários ao *common law* ou à razão<sup>146</sup>. Alfredo Buzaid tem narrativa coincidente com a de Calderón e, indo além, indica que no “primeiro e

---

<sup>144</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

<sup>145</sup> LEONEL, *op. cit.*, p. 20.

<sup>146</sup> CALDERÓN, Raúl Enoc. *El control judicial de constitucionalidade*. In.: CALDERÓN, Pérez Guilhou *et al.* *El Poder Judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 286.

único documento constitucional da Inglaterra” consagrou-se, no art. 38, que “[t]ôdas as leis, estatutos, ordenações e cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenação, em contrário à liberdade de consciência, serão considerados nulos e írritos”<sup>147</sup>. O direito natural, como bem coloca Serpa Lopes, “atua, não somente como força supletiva das lacunas do Direito positivo, mas como o solo, ou o fundamento sobre o qual se erige e se desenvolve este último”<sup>148</sup>, vinculando, por consequência, a prestação jurisdicional.

Essa, fundamentalmente, é a estruturação do sistema de Direito inglês, baseado no *common law*, em que, pela via dos precedentes judiciais, o Direito vai sendo também formulado e moldando a sociedade.

Diferentemente, no sistema adotado na Europa continental, o do *civil law*, de matriz romano-germânica, a função jurisdicional, originalmente, aproxima-se da ideia exposta por Montesquieu em relação à atuação do Poder de julgar e à sua vinculação à lei pré-estabelecida pelo Legislativo, sendo o juiz apenas a “boca da lei”. Assim foi até meados para o fim do século XIX, na Europa e nos países que assumiram o modelo do direito civil. Especialmente no século XX, com o desenvolvimento do Direito Constitucional, com a ideia de supremacia da Carta, não mais da superioridade da lei, e, fundamentalmente, com a implantação do Estado Social<sup>149</sup>, o Poder Judiciário liberta-se do reducionismo funcional em que era colocado pelo ideário liberal/iluminista e, de uma forma geral, passa a exercer um papel de maior importância, com maior liberdade de atuação.<sup>150</sup>

A presente diferenciação entre os sistemas de criação e de aplicação do Direito no *common law* e no *civil law* faz lembrar a precisa explanação feita por Piero Calamandrei acerca desses dois macrossistemas de criação do Direito na sociedade: pela “formulação para o caso individual”, em que o papel do juiz, na inexistência de uma norma pré-constituída pelo Legislativo, é construir a decisão a partir de sua consciência e de seu sentimento de equidade natural, buscando sempre a realização de justiça com base nos conceitos morais e econômicos predominantes na sociedade<sup>151</sup>; e pela “formulação por classes” ou pela “formulação legal”, em

---

<sup>147</sup> BUZAID, *op. cit.*, p. 18.

<sup>148</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 121.

<sup>149</sup> Profunda abordagem acerca da transição do Estado Liberal ao Estado Social é encontrada em BONAVIDES, *op. cit.*, 2013.

<sup>150</sup> Leonel (*op. cit.*, pp. 26/27) aponta que: “O problema [acerca do alcance da jurisdição] se apresenta em razão da passagem da ideologia do Estado Liberal para o denominado Estado Constitucional, ou seja, da ideia de supremacia da lei como centro de preocupação e de preeminência no raciocínio e no comércio jurídico para a preponderância dos princípios fundamentais e das garantias constitucionais como pontos de partida para a interpretação, aplicação e mesmo para o controle de constitucionalidade de lei”.

<sup>151</sup> “Em um ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso individual, o juiz, no momento em que é chamado a fazer justiça a respeito de uma relação concretamente controvertida, não encontra diante de si uma norma pré-constituída, da qual possa logicamente deduzir, de forma individualizada e concreta, o mandado já potencialmente contido na vontade abstratamente manifestada pelo legislador. Neste sistema o juiz, não podendo buscar os critérios de sua decisão na lei,

que há clara divisão de funções entre o legislador e o juiz, cabendo ao primeiro a formulação de preceitos legais gerais, abstratos, observando-se, já na gestação, todos os elementos políticos — morais, econômicos, sociais, dentre outros —, preceitos esses que, em momento de conflito, serão levados à aplicação pelo juiz ao caso concreto, sem que se possa reabrir a fase de análise dos elementos políticos, mas, tão somente, de elementos jurídicos.<sup>152</sup>

A respeito da “formulação legal” — que ele também denomina “jurisdição de direito” e que importa a este trabalho, dada a proximidade com o sistema jurídico brasileiro, de matriz romano-germânica —, Calamandrei esclarece que a divisão de trabalho existente entre legislador e juiz não coloca a função jurisdicional no reduzido universo traçado por Montesquieu, de “aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal”<sup>153</sup>, mas de livre atuação no mundo jurídico, contribuindo para a realização da “justiça em sentido jurídico”, confrontando, se necessário, os “princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado” contra o direito constituído.<sup>154</sup>

Na mesma linha, Eduardo J. Couture examina a função jurisdicional pela perspectiva de seu produto — a sentença — e expõe que, passada a influência do “Espírito das Leis” sobre os modelos romano-germânicos, exsurge a noção de que “a lei como tal, de início, não é verdadeiramente um ordenamento completo, mas algo assim como um desenho, um

---

que não existe, deve extraí-los diretamente de sua consciência ou, como também se diz, de seu sentimento de *equidade* natural. Mas isto não significa que o juiz aqui seja livre para decidir segundo seu capricho individual; significa apenas que, nesta hipótese, o juiz confia a si próprio a tarefa de buscar caso por caso a solução que melhor corresponda aos conceitos morais e econômicos predominantes na sociedade em que vive atualmente, e o de ser, por conseguinte, o intérprete fiel das correntes históricas de seu tempo.” (CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. I, p. 105)

<sup>152</sup> “No sistema da formulação legal — diferentemente do que ocorre no sistema da formulação para o caso individual — as forças políticas das quais nasce o direito vêm a desembocar e a atuar sobre os órgãos encarregados de formular as leis, qualquer que seja o nome que os mesmos recebam e qualquer que seja a forma pela qual estejam constituídos; são eles, os órgãos legislativos, os filtros que o ordenamento do Estado prepara para decantar das confusas e discordantes aspirações do *jus condendum* a certeza positiva do *jus conditum*, aos quais o juiz deve aceitar sem questionar, sem poder começar novamente por sua conta e trabalho de avaliação política que já foi realizado, de uma vez por todas, definitivamente, pelo legislador. No sistema da legalidade há, portanto, entre o legislador e o juiz, uma divisão de trabalho: todos os fatores políticos devem ser levados à avaliação dos órgãos competentes para criar as leis, não dos órgãos, tais como seriam em um primeiro momento dos juizes, aos quais cabe somente aplicá-las tal como são.” (CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. I, p. 106).

<sup>153</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 96.

<sup>154</sup> “Entendamo-nos: com isto não se quer dizer que, no sistema da legalidade, o trabalho do juiz possa deduzir-se a um árido jogo lógico, separado das correntes históricas das quais nasceu a lei que aquele é chamado a aplicar. A atividade do juiz tem finalidades essencialmente práticas, uma vez que dirigida a determinar a conduta das pessoas; e neste sentido, mesmo o sentido da legalidade, é sempre atividade política. Mas essa atividade prática, e, por conseguinte, política, não pode consistir mais que em dar sequência fiel aos princípios dos quais nasceram as leis que está chamado a fazer observar, nos limites em que estes princípios chegaram a traduzir-se em legalidade e a converter-se, como diz o art. 12 das Disposições gerais preliminares ao novo Código Civil, em ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’. Em outras palavras, ao juiz não é lícito realizar sobre o direito constituído as avaliações críticas de *jure condendo*, com base nas quais as mesmas leis poder ser qualificadas de *justas* ou *injustas*, em sentido moral ou social, que se estabelecem como critérios de avaliação das mesmas; sob o ponto de vista estritamente jurídico, qualificar de *injusta* a lei pode parecer uma *contradictio in adiecto*. A justiça que o juiz administra é, no sistema da legalidade, a *justiça em sentido jurídico*, isto é, no sentido mais estreito e menos questionável, de conformidade com o direito constituído, independentemente da correspondência deste com a *justiça social*.” (CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. I, pp. 106/107).

projeto de ordenamento jurídico pretendido para o futuro; e a sentença, ou o conjunto de sentenças, que vem a realizar a efetividade desse ordenamento.”<sup>155</sup>

O Processualista uruguaio assevera que não pode ser aceita a ideia de que uma sentença, ao resolver um dissídio concreto, seja completamente descasada do que preceitua a lei, nem mesmo quando o ordenamento jurídico — como o suíço, por ele exemplificado — permite que o juiz atue, na falta de norma legislativa, como se legislador fosse, havendo que, sempre, o ato jurisdicional estar pautado pelos princípios gerais que sustentam o direito vigente.<sup>156</sup>

Couture segue a linha kelseniana, desenvolvida na Teoria Pura do Direito, em que se estabelece uma estrutura de concretização do direito a partir da Constituição, passando pelo ato legislativo, até a sentença e a execução do julgado<sup>157</sup>, estando todos, abaixo da Lei Fundamental, condicionado a seus preceitos.

Hans Kelsen, de fato, não nega a função criativa do direito dada aos juízes. Muito ao revés, entende que “[a] norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”, na medida em que,

[...] também no caso de o conteúdo da norma jurídica individual, a produzir pelos tribunais, ser predeterminado por uma norma jurídica geral positiva, à função criadora de Direito dos tribunais tem de ser deixada uma certa margem de livre apreciação. A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto.<sup>158</sup>

Além do espaço de atuação do tribunal dentro da moldura da norma jurídica geral, para que se produza a norma individual, Kelsen também prevê a atuação jurisdicional “[...] no caso de [o tribunal] não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam [...]”<sup>159</sup>. Nessa hipótese, o Professor da Faculdade de Direito de Viena considera que a “aplicação do Direito” não se resume à incidência de uma norma jurídica geral específica, mas, também, à “aplicação da ordem jurídica”, criando o direito, isto é, a norma jurídica individual,

---

<sup>155</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil. Segunda edición apliada y actualizada*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951, pp. 207/208.

<sup>156</sup> COUTURE, *op. cit.*, p. 210.

<sup>157</sup> Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito, quando trata da criação da norma jurídica, aponta que “a decisão jurídica é tão-só a continuação do processo de criação jurídica”, uma vez que o “tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar”. (*op. cit.*, 2003a, pp. 264/265).

<sup>158</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003a, p. 272.

<sup>159</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003a, p. 271.

em um âmbito de liberdade muito mais logicamente restrito do que o pode fazê-lo, em caráter geral, o órgão legislativo.<sup>160</sup>

Entre nós, expressando uma visão mais atual acerca do exercício da jurisdição, Jorge Amaury Maia Nunes, depois de explanação acerca do papel do juiz em cada um dos dois grandes sistemas jurídico existentes — *common law* e *civil law* —, expõe que, em “ambos os sistemas, porém, haverá espaço para a criação do direito pelo magistrado”. Mas, embora admita “que o juiz cria direito”, adverte que não lhe é dado, todavia, “o poder de produzir normas *livremente*”<sup>161</sup>.

O Professor paraense, radicado em Brasília, segue também a doutrina kelseniana e utiliza a Constituição, fruto do Poder Constituinte, como anteparo, tanto para a prática jurisdicional, quanto para a legislativa, explicando que nenhum dos exercentes do poder estatal está livre para a criação do direito:

Implica dizer, algum grau de criação o magistrado possui. Aproveitando o mote, é certo que o legislador cria o Direito, aliás, é criador do Direito por excelência, mas ele também não o faz *livremente*, estando jungido ao espaço de liberdade criativa que lhe foi conformado pelo poder constituinte originário, do qual não pode se afastar. Daí resulta que o fato de o ente político não poder produzir normas livremente não implica que não possa produzi-la e sim que tem [...] de observar naturais limitações no seu exercício.<sup>162</sup>

Nunes adverte, contudo, que a função estatal de legislador positivo é essencialmente do Poder Legislativo, seara de atuação em que o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não pode adentrar sem infringir a separação de poderes, salvo na hipótese excepcional que ela própria prevê de julgamento do mandado de injunção. Com isso, o ex-Professor da Universidade de Brasília faz crítica expressa à tendência ativista do Poder Judiciário brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal, de tentar “avançar no vácuo do poder e instalar-se como novel legislador” para as questões constitucionais, notadamente, não regulamentadas pelo Poder Legislativo.<sup>163</sup>

Ricardo de Barros Leonel caminha nessa mesma linha ao asseverar que “[p]arece ganhar força [...] a doutrina segundo a qual o juiz participa do processo criativo do direito”, limitando a “criação do direito” à ideia kelseniana<sup>164</sup> de “concretização do direito”, na medida em que a sua exegese e a aplicação ao caso concreto deve atender às “diretrizes existentes no

---

<sup>160</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003a, pp. 273/274.

<sup>161</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 62.

<sup>162</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 62.

<sup>163</sup> NUNES, *op. cit.*, pp. 63/64. Sobre o mandado de injunção, cf. QUINTAS, *op. cit.*, 2013.

<sup>164</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, pp. 125/126.

sistema normativo — princípios constitucionais, direitos fundamentais, valores agasalhados pelo ordenamento constitucional, textualidade das leis [...]”<sup>165</sup>. Em termos mais precisos, o Processualista da USP elucida:

Essa atividade judicial deve ter sempre como limites a literalidade dos textos normativos (não se trata de criação *contra legem*), bem como as normas constitucionais e suas diferentes eficácias (sem que seja possível “concretizar” princípios cuja eficácia depende de lei). Em outras palavras, essa dinâmica deve se desenvolver com a adequada colocação dos parâmetros do ordenamento em sua posição específica (tanto a Constituição como as leis), bem como mantendo o equilíbrio originariamente estabelecido entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Às normas constitucionais deve ser hipotecado o respeito quanto à eficácia que lhe foi conferida pelo constituinte. Já quanto às leis, não podem ser simplesmente desconsideradas (não aplicadas), salvo nos casos em que seja declarada sua inconstitucionalidade, nos moldes previstos nos sistemas de controle (difuso e concentrado), adotados no ordenamento brasileiro.<sup>166</sup>

Leonel, nesse diapasão, afasta a possibilidade de o juiz utilizar-se de técnicas de interpretação e de aplicação do direito, como a atual ponderação de princípios, para suplantar a lei, sem que seja questionada efetivamente a sua constitucionalidade<sup>167</sup>. Dito de outra maneira, sem que seja declarada a inconstitucionalidade da lei, o juiz não pode afastá-la da aplicação ao caso concreto que lhe é submetido, fundamentando o seu entendimento, por exemplo, em mero senso de justiça.

Nessa linha, Fábio Lima Quintas, após examinar a atuação do Poder Judiciário em relação à implantação (ou não) de políticas públicas à luz da pretendida concretização de princípios constitucionais — tendência denominada de neoconstitucionalista — e de concordar com a participação jurisdicional nessa seara, adverte ele que “não é admissível que tal tutela [dos direitos sociais pelo Judiciário] atropеле os canais ordinários de deliberação política ou pretenda substituí-los”<sup>168</sup>.

Nesse contexto, Quintas adverte que

[...] não obstante o Judiciário possa constituir-se um espaço público de discussão política, voltado à prestação jurisdicional, é certo que a função primária da jurisdição não é promover a discussão política nem prover decisões dessa espécie, que encontram foro mais apropriado em outros órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e em outros espaços sociais (associações, partidos políticos, condomínios, etc.).<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> LEONEL, *op. cit.*, p. 27.

<sup>166</sup> LEONEL, *op. cit.*, pp. 27/28.

<sup>167</sup> LEONEL, *op. cit.*, p. 30.

<sup>168</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 147.

<sup>169</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 146.

De tudo que se viu, a moderna ideia de jurisdição permite ao juiz a participação no processo de criação — ou, se preferir, de concretização — do direito. Não no grau de liberdade encontrada pelo juiz do sistema do *common law*, o seu colega atuante no *civil law* também faz parte desse processo de construção, atuando ora dentro da moldura legislativa previamente existente no ordenamento, ora com outros elementos dados pela ordem jurídica — nesse caso, seja por ausência de norma jurídica geral aplicável ao caso concreto, seja porque, existente, o juiz a entende contrária aos termos constitucionais, afastando-a da incidência ao fato discutido.

O nível de atuação do juiz, no exercício da função jurisdicional, em relação ao processo de criação do direito, portanto, é reduzido e marca a diferença entre ela e a atuação do órgão legislativo no exercício da função legiferante. Enquanto o juiz esbarra na Constituição e em todos os demais elementos legislativos constantes do ordenamento jurídico, o legislador depara-se, tão somente, com os ditames procedimentais e materiais constantes da Lei Fundamental.<sup>170</sup>

Embora se tenha aí já uma precisa distinção entre as funções, a divisão entre função jurisdicional e legislativa se aprofunda ainda mais, tornando-se muito clara, quando se comparam o objeto da atuação estatal em cada seara e, especialmente, o produto advindo de cada uma delas.

### **2.1.2. Objeto da atuação e o seu produto: distinção clara das funções jurisdicional e legislativa**

Com maior ou menor grau de liberdade, como visto, tanto o juiz quanto o legislador criam direito no exercício dos respectivos misteres estatais. A diferença mais clara entre as funções exercidas é percebida em relação ao objeto da atuação desses agentes estatais e, especialmente, ao produto resultante da execução funcional.

O juiz, no exercício da função estatal jurisdicional, atua no âmbito de um processo, que tramita sob a inafastável influência do devido processo legal, analisando e julgando um determinado caso concreto, isto é, sobre fatos ocorridos ou com previsão que aconteçam para, aplicando o direito pré-existente ou fruto da sua limitada criação, dirimir o conflito de interesses existentes por meio da prolação de uma sentença.

---

<sup>170</sup> Kelsen (*op. cit.*, 2013, p. 126) precisamente coloca que: “A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau de que se desce [Constituição – lei – decreto – sentença e ato administrativo], a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.”



Nas palavras de Serpa Lopes, o juiz interpõe-se entre a norma jurídica e o fato e, em um processo silogístico, realiza a subsunção, produzindo, assim, a decisão<sup>171</sup>. Ricardo de Barros Leonel, ao examinar os dois troncos de origem italiana acerca do conceito, expõe a ideia, em última análise, de que a jurisdição “é a concretização do direito nos casos especificamente considerados, submetido à apreciação judicial”<sup>172</sup>.

Jorge Amaury Maia Nunes, de sua vez, em sintética, mas muito rica construção, aponta que “o juiz, ao decidir, estará julgando somente o caso concreto submetido a seu exame, para ele estabelecendo a norma jurídica individual”. Dito de outra maneira, o juiz, no exercício da função jurisdicional, julgará aquele específico caso concreto submetido ao seu exame — se lhe for submetido —, elaborando uma norma precisa para resolução daquele caso individual.

Estes, portanto, são o objeto e o produto da atuação jurisdicional estatal, respectivamente: o caso concreto conflituoso, decorrente de fatos ocorridos ou que poderão existir, desde que submetidos ao exame do órgão competente; e a norma jurídica individual, isto é, a regra jurídica imposta pelo Estado que regerá aquela específica situação fática levada à prestação jurisdicional.

Muito ao contrário, o Poder Legislativo atua sobre o ordenamento jurídico, abstratamente, e o produto do seu exercício é a lei, que se caracteriza por sua “generalidade, abstração e novidade”, como aponta Calamandrei. A propósito, o Processualista italiano, comparando-o com o Judiciário, aponta que o ato legislativo

[...] é uma volição geral à medida que não se destina a regular apenas um, mas toda uma série de casos similares, em número indefinido; é uma volição abstrata à medida que não regula casos já concretamente verificados de fato, e sim considerados por hipótese como possíveis futuramente; é inovadora porque cria direito novo, ou seja, porque constitui novas relações jurídicas em série, dando relevância jurídica a classes de fatos que antes não a tinham.<sup>173</sup>

Postos esses elementos, torna-se clara a distinção entre o que é a função jurisdicional e o que é a função legislativa. Kelsen, nesse contexto, escreveu, já respondendo às críticas acerca da defendida possibilidade de o juiz criar direito, que “[c]ostuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais”<sup>174</sup>, enquanto que, embora

---

<sup>171</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 98.

<sup>172</sup> LEONEL, *op. cit.*, p. 25.

<sup>173</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. 1, p. 159.

<sup>174</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2013, p. 131.

“a função do tribunal [seja] criadora de Direito”, cria-se “uma norma individual”<sup>175</sup>, de aplicação no caso concreto examinado pelo Poder Judiciário.

Essas, portanto, são as balizas limítrofes da atuação jurisdicional do Estado. Ultrapassadas essas barreiras, cai-se, invariavelmente, em outro ambiente, cujos atos até podem ser perpetrados pelos entes do Poder Judiciário, mas que não poderão ser qualificados como atos jurisdicionais.

Com essa premissa posta, segue-se à análise da segunda — as formas de jurisdição constitucional e como elas são desempenhadas no Brasil — para que se alcance precisamente a resposta inicialmente formulada.

## **2.2. Controle de constitucionalidade e o exercício da jurisdição constitucional**

Nas palavras de Kelsen, a Constituição “é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das normas que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, a fundamento da ordem estatal.”<sup>176</sup>.

René David destaca que a Constituição dos EUA, a primeira a ser reconhecida como suprema lei do ordenamento jurídico nacional,

“[...] é o próprio ato de fundação do seu país e não apenas a sua carta política. Por outro lado, a Constituição americana não se limita a organizar as instituições políticas do país. Inspirada pelas ideias da escola do direito natural e recorrendo à ideia de *contrato social*, fixa solenemente os limites dos poderes reconhecidos às autoridades federais nas suas relações com os Estados e com os cidadãos”.<sup>177</sup>

Pautado nesses pressupostos, o conceito de Constituição concretiza-se no mundo jurídico a partir do século XVIII<sup>178</sup>, fruto de movimentos constitucionalistas anteriores que lutavam e paulatinamente foram conquistando direitos de liberdade e de igualdade contra o absolutismo dos governos de então (constitucionalismo de primeira fase)<sup>179</sup>. Correntes

---

<sup>175</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2013, p. 272.

<sup>176</sup> KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). In Revista de Direito Público nº 1 – Jul-Ago-Set 2003, p. 95.

<sup>177</sup> DAVID, *op. cit.*, p. 494.

<sup>178</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, p. 29. Para esse Autor (*ibid.*, p. 32): “A Constituição, que porventura tenha existido antes do século XVIII, era uma simples Constituição em sentido institucional, ou seja, aquilo que dava a configuração essencial da sociedade, distinguindo cada uma das restantes.”

<sup>179</sup> “A Revolução [francesa] do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais.” (BONAVIDES, *op. cit.*, 2013, p. 34).

filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo — exponenciadas por Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant — e movimentos econômicos, sociais e políticos com esses ideários levaram à substituição, na Europa continental, do Estado absoluto, com o Rei no centro do poder estatal, pelo Estado constitucional liberal.<sup>180</sup>

Na Europa, fundamentalmente, a virada é marcada pela Revolução Francesa (1789-1799), em especial pela queda da Bastilha<sup>181</sup>, mas não se pode olvidar das mudanças econômicas e sociais ocorridas nos séculos XVIII e XIX em decorrência da Revolução Industrial inglesa<sup>182</sup>. Nos Estados Unidos, a Constituição, em 1787, que instaura o presidencialismo e incorpora expressamente a tripartição dos poderes estatais, é também marco importante para estabelecer a ascensão do Estado liberal.

As conquistas do constitucionalismo e a ascensão da Constituição como “a base fundamental da ordem estatal” fez exsurgir a ideia de que, à norma constitucional, não só deve ser atribuído o maior grau de estabilidade possível<sup>183</sup>, como também devem ser criados mecanismos de defesa, consistentes em “meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”<sup>184</sup>.

Para a defesa da Constituição, pressupõe-se a existência de garantias<sup>185</sup>, que Canotilho subdivide em quatro categorias: a vinculação constitucional dos poderes públicos; os limites da revisão constitucional; a fiscalização judicial da constituição; e a separação e interdependência dos órgãos de soberania<sup>186</sup>.

Kelsen, de igual forma, prevê a existência de “garantias da constitucionalidade”, que, preventiva ou repressivamente, impediriam que atos estatais venham de encontro a preceitos constitucionais.<sup>187</sup>

---

<sup>180</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32.

<sup>181</sup> “A queda da Bastilha simbolizava, por conseguinte, o fim imediato de uma era, o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio, debaixo da égide do Absolutismo; simbolizava também o começo da redenção das classes sociais em termos de emancipação política e civil, bem como o momento em que a Burguesia, sentindo-se oprimida, desfaz os laços de submissão passiva ao monarca absoluto e se inclina ao elemento popular numa aliança selada com as armas e o pensamento da revolução; simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontrastável”. (BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 40).

<sup>182</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2009, pp. 32/33.

<sup>183</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003, p. 96.

<sup>184</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed, 4. reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 887. Mirkine-Guetzévitch (As novas tendências do Direito Constitucional. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 74) esclarece, nesse sentido, que “[e]ssa instituição do controle constitucional é um dos fenomenos da racionalização do poder. O primado do poder constituinte, que os povos modernos herdaram da revolução francesa, tem sua expressão concreta no controle da constitucionalidade das leis. Só esta póde dar garantias reais da legalidade superior da constituição e tambem das liberdades individuais.”

<sup>185</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 887. E, também, KELSEN, *op. cit.*, 2003, pp. 100 *et seq.*

<sup>186</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 888/889.

<sup>187</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 101.

Importa a este trabalho a garantia “repressiva” de Kelsen, a “fiscalização judicial da constituição” citada por Canotilho, exercidas por meio do controle de constitucionalidade da lei, que vem sendo denominado de jurisdição constitucional e que, fundamentalmente, são executadas de duas maneiras: pelo controle difuso, incidental ou concreto de constitucionalidade, de matriz estadunidense — que chamaremos também de jurisdição constitucional incidental —, em que “se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”<sup>188</sup>; e pelo controle concentrado, principal, direto ou abstrato de constitucionalidade, de inspiração austríaca e kelseniana, atualmente muito difundida na Europa — que chamaremos de jurisdição constitucional direta —, exercido por um órgão (tribunal constitucional) ou por um conjunto de órgãos criados especialmente para tanto ou que tenham como função precípua essa verificação<sup>189</sup>, que tem o condão de expungir do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição.

Vale examiná-los com maior precisão.

### **2.2.1. Jurisdição constitucional incidental**

O controle de constitucionalidade originado dos EUA é denominado de concreto porque atua, na essência da função jurisdicional do Estado, sobre um caso, ou melhor, sobre um conflito de interesses específico que é submetido à apreciação do Poder Judiciário; é também chamado de difuso porque qualquer juiz ou tribunal, estadual ou federal, pode exercê-lo no julgamento dos casos que lhe são submetidos; e, por fim, é dito incidental pelo fato de a constitucionalidade da lei ali discutida não ser o objeto litigioso principal, mas uma alegação excepcional que deve primeiro ser resolvida para posterior resolução efetiva da lide.

O exame jurisdicional se passa, *grosso modo*, da maneira seguinte: a parte A submete ao Poder Judiciário pretensão sobre um bem da vida e a fundamenta, contra a parte R, na lei N; a parte R, em contestação, defende-se, primeiramente, alegando que a pretensão de A não pode ser acolhida porque a premissa maior alegada por ela não tem aplicação ao caso concreto por ferir a Constituição; ao decidir, o julgador M, antes de atribuir o bem da vida a A ou a R, haverá que dirimir a exceção levantada por R acerca da aplicabilidade ou não da lei N

---

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro; exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009a., p. 47.

<sup>189</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, p. 47.

ao caso concreto, isto é, se N é constitucional ou não e, portanto, apta para ser aplicada ao caso examinado.

O exemplo hipotético do parágrafo precedente traz a arguição de inconstitucionalidade feita pelo réu, mas nada impede que o autor da ação judicial, na petição inicial ou no curso do processo, argua também a inconstitucionalidade da lei que se pretende ver aplicada contra ele.

A arguição se dá em um processo judicial de qualquer natureza e em qualquer fase da tramitação — ou, mesmo, a inconstitucionalidade pode ser declarada de ofício pelo juiz. O processo judicial, destaca-se, não se presta a atacar objetivamente a lei, *per se*, mas a sua aplicação ao caso concreto que é submetido à jurisdição — não aplicação ao caso concreto dada a sua inconstitucionalidade.

Por fim, aponta-se que qualquer lei pode ter, contra ela, arguida, incidentalmente, a inconstitucionalidade: leis anteriores ou posteriores à Constituição; leis municipais, estaduais ou federais; decretos, leis ordinárias ou leis complementares; e, também, mesmo uma norma de natureza constitucional, fruto de emendas constitucionais, quando possa existir incompatibilidade com cláusulas constitucionais intangíveis — no Brasil, as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição de 1988)<sup>190</sup> — igualmente poderá ser levada à discussão acerca da compatibilidade ou não com a Carta Política.

Tendo como panorama essas questões atinentes ao exercício da jurisdição constitucional incidental, passa-se à análise da origem estadunidense do modelo e, depois, de como ele foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.2.1.1. Origem americana do modelo**

As primeiras linhas acerca do controle de legitimidade de leis foram escritas, como visto, na Inglaterra do início do século XVII, em uma sentença do juiz Eduardo Coke que confrontou o ato legislativo com o direito natural e declarou a sua inaplicabilidade<sup>191</sup>. O marco

---

<sup>190</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 815, manifestou, sobre as cláusulas pétreas, expressamente, que “a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário”. Dessa maneira, sendo cláusulas intangíveis em relação ao Poder Constituinte derivado, uma emenda constitucional pode ser declarada inconstitucional por violá-las.

<sup>191</sup> Eduardo Garcia de Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006, pp. 132/133) noticia que, a partir da ideia de que o *common law* predominava sobre as demais leis inglesas, mesmo as provenientes do Parlamento, “*ya a principios del siglo XVII el juez COKE intentó plasmar en algunas sentencias, sobre todo en la famosa del Bonham’s case, de 1609, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de estas leyes, implicando, por consiguiente, la eventual anulación de las mismas por contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural*”.

histórico-institucional adotado como o surgimento do controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Poder Judiciário, entretanto, é o julgamento do caso *Marbury v. Madison* ocorrido em 1803 na Suprema Corte dos Estados Unidos da América – EUA. Antes de analisar a decisão, vale tecer algumas palavras sobre o ambiente constitucional da então jovem Nação americana.

Antes da independência, o direito aplicado nas colônias inglesas da América era o *common law* praticado na Coroa e todos os demais instrumentos legislativos ingleses. A ausência de leis escritas e próprias do lugar trouxe aos colonos americanos a sensação de insegurança, especialmente por arbitrariedades ocorridas em relação à atuação dos magistrados, o que ensejou o início de lutas favoráveis à codificação do direito. Conquistada a independência, a primeira marca distintiva em relação à Colonizadora foi a promulgação de uma Constituição escrita.<sup>192</sup>

Havia mais: as treze colônias americanas, que lutaram juntamente e conquistaram independência em relação à Inglaterra, eram, por assim dizer, Estados com determinado grau de organização própria — que poderiam coincidir em alguns aspectos, mas não necessariamente eram iguais — e quase que independentes entre si, com leis próprias, que também poderiam ser diferentes ou mesmo contrárias à da “colônia” vizinha.<sup>193</sup>

Diante desse quadro, adotou-se com naturalidade o modelo federativo de estruturação estatal, em que os Estados membros, por princípio constitucional adotado a partir da edição da décima emenda, detinham competência legislativa a respeito daquilo que a Constituição não delegasse à União ou que não proibisse a atuação do Ente federado. Nas palavras de René David, “[a] competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e essa exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”.<sup>194</sup>

Dada a força política detida pelos Estados, haveria de ter um elemento de coesão também forte, que preservasse a União estabelecida entre eles: a Constituição de 1789 exerceria esse papel e, assim, foi encarada não só como uma estrutura superior, como uma carta política, mas, sim, com próprio “ato de fundação do país”, onde são estabelecidos “solenemente os

---

<sup>192</sup> DAVID, *op. cit.*, *passim*.

<sup>193</sup> Como colocado por David (*op. cit.*, pp. 461/462), até a Independência, as treze colônias não tinham “nada de comum: nem no que respeita à sua origem, nem ao seu povoamento, nem às suas convicções religiosas, nem à sua estrutura e aos seus interesses econômicos. Não existia entre elas nenhum elo político, independentemente do seu elo comum com a metrópole, nenhuma instituição comum as reunia antes da Revolução.”

<sup>194</sup> DAVID, *op. cit.*, p. 461.

limites dos poderes reconhecidos às autoridades federais nas suas relações com os Estados e com os cidadãos”.<sup>195</sup>

Os EUA inovaram também ao inspirarem-se em Montesquieu, com substanciais customizações em relação à estrutural do Estado, e previram expressamente na Constituição a divisão tripartite dos Poderes estatais — Legislativo (artigo I), Executivo (artigo II) e Judiciário (artigo III) —, conferindo a esse terceiro, em nível de igualdade com os demais Poderes<sup>196</sup>, o exercício da função jurisdicional e, por meio dela, a competência para julgar “todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade [...]”.<sup>197</sup>

Mais ainda: a Constituição dos EUA estatui, na seção segunda do artigo VI, o princípio de que ela é o supremo direito da terra e que, por isso, a atuação do juiz está vinculada a ela, tornando-se sem efeito qualquer disposição contrária à Carta; na primeira emenda, sobreveio expressa limitação ao exercício do Poder Legislativo, prevendo que não poderia ser elaborada nenhuma lei contrária à liberdade religiosa, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião e à de petição.<sup>198</sup>

O controle de constitucionalidade das leis, todavia, não veio ensartado no texto constitucional, muito menos especificado que se tratava de uma função estatal a ser desempenhada pelo Poder Judiciário. Decorreu, em verdade, da criação doutrinária e jurisprudencial<sup>199</sup>, tal qual escrito em “*The Federalist*” anos antes de a Suprema Corte dos EUA examinar o pleito deduzido por Marbury contra Madison.

Os exemplos mais conhecidos dessa construção doutrinária — e que muito bem representam o pensamento doutrinário de então — são os escritos de Hamilton, nos idos de

---

<sup>195</sup> DAVID, *op. cit.*, p. 494.

<sup>196</sup> Piçarra (*op. cit.*, p. 202) assevera que “outro desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação de poderes consiste na integração do poder judicial no ‘processo equilibrante’ entre os órgãos estaduais, processo esse que, de acordo como esquema da balança de poderes, apenas englobava até então o poder legislativo e o poder executivo.”

<sup>197</sup> Tradução livre de excerto do texto da Seção 2 do Artigo III da Constituição dos EUA acessado em 15 de fevereiro de 2016 pelo sítio: [www.constitutionus.com](http://www.constitutionus.com)

<sup>198</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 133/134.

<sup>199</sup> Nesse sentido, Mark Tushnet (*Arguing Marbury v. Madison*. Stanford, California: Stanford Law and Politics, 2005, p. 1) destaca, já no introito da publicação, que: “*Marbury v. Madison*, decided in February 1803, is conventionally taken as the origin of judicial review in the United States. As Suzanna Sherry’s chapter here shows, scholars have known for years that this understanding is wrong. The Constitution’s framers assumed that the national courts would have the power to overturn laws that the judges found were inconsistent with the limitations the Constitution placed on government power. In the decades before *Marbury* state courts around the country exercised the power of judicial review as well.” E, também, Luís Roberto Barroso (*op. cit.*, 2009a, pp. 5/6) aduz que, “[d]e fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estatais. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788.”

1788, a respeito de que, em uma nação que tenha uma Constituição limitada<sup>200</sup>, ela deve ser o padrão para a construção das leis e que, existindo evidente oposição, as leis devem dar lugar à Constituição<sup>201</sup>.

Indo além, o Autor aponta que, em uma Constituição limitada, é essencial que existam cortes de justiça completamente independentes para confrontar a autoridade do Poder Legislativo e declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto conteúdo da Constituição<sup>202</sup>.

Nessa perspectiva doutrinária, a Suprema Corte dos EUA analisou a pretensão de um cidadão, William Marbury, nomeado pelo governo anterior para o cargo de juiz de paz, nomeação essa que, ocorrida nos últimos dias do mandato do Presidente federalista John Adams — fevereiro de 1801 —, não foi efetivada por insuficiência de tempo do então Secretário de Estado, John Marshall, que se preparava para assumir o posto de Presidente daquela Suprema Corte.

Iniciado o novel governo, republicano e, portanto, oposicionista em relação ao antecessor, o Presidente Thomas Jefferson determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse as investidas no cargo àqueles que ainda não as haviam recebido.

Marbury, então, instaurou *writ of mandamus* perante, diretamente, a Corte Suprema estadunidense, fundado no § 13 do Primeiro *Judicial Act* de 1789, lei federal que ampliou as possibilidades de acesso à Suprema Corte, dando-lhe competência originária para jurisdicionar sobre questões dessa natureza. O autor da ação visava a que houvesse determinação judicial, contra o Secretário de Estado, Madison, no sentido de que lhe fosse entregue o ato de investidura expedido pelo governo passado<sup>203</sup>.

Como destaca Barroso, o clima político da época era extremamente hostil à Suprema Corte, uma vez que, comandada por Marshall, nomeado por governo federalista anterior, no bojo do qual exercia a função de Secretário de Estado, tinha contra si ferrenha resistência dos novos Executivo e Congresso, ambos liderados pelos republicanos. A propósito do tema, o Constitucionalista carioca descreve:

Sucede, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*, de 1801), extinguindo os cargos que

---

<sup>200</sup> O Autor apresenta a sua definição do que seria uma Constituição limitada: “By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like.” (HAMILTON *et al*, *op. cit.*, 497)

<sup>201</sup> HAMILTON *et al*, *op. cit.*, pp. 515/516.

<sup>202</sup> HAMILTON *et al*, *op. cit.*, p. 497.

<sup>203</sup> TUSHNET, *op. cit.*, p. 2.



havam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de impeachment de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte.<sup>204</sup>

Sob hostilidades e ameaças dos demais Poderes estatais, a Suprema Corte, em fevereiro de 1803, reuniu-se para julgar do caso: o juiz Marshall, presidente e interlocutor da Suprema Corte, iniciou a exposição da decisão asseverando que Marbury tinha direito à investidura no cargo de juiz de paz, tal qual expedido pelo governo pretérito; decidiu-se também, na sequência, que a Suprema Corte tinha poder para determinar ao Executivo a prática ou não de ato de sua atribuição, exceto em duas situações (não configuradas no caso em julgamento), quais sejam, atos políticos e atos exclusivamente atribuídos à discricionariedade do Executivo.

No desenrolar desse segundo ponto argumentativo, embora concluísse pela possibilidade de concessão do *writ*, Marshall fundamentou astutamente<sup>205</sup> que a Suprema Corte deixaria de fazê-lo em virtude da inconstitucionalidade do *Judicial Act* de 1789, § 13, por estatuir competência originária ao Tribunal que extrapolava as previstas no artigo 3º da Constituição estadunidense. Ou seja, declarou-se a inconstitucionalidade da lei judiciária na qual Marbury se fundamentou para acessar diretamente a Suprema Corte em busca de prestação jurisdicional contra a recusa do Secretário de Estado dos EUA em lhe entregar o ato de investidura. Decorrendo disso, sua pretensão foi julgada improcedente.

Três foram, fundamentalmente, as razões expostas para a declaração de inconstitucionalidade: a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico; a nulidade da legislação contrária à norma constitucional; e (avançando institucionalmente) o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição.

A decisão da Suprema Corte no caso aqui analisado pode ser criticada (e o foi severamente) sob diversas vertentes, processual e materialmente. Barroso<sup>206</sup> pontua as críticas postas da seguinte maneira:

---

<sup>204</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, pp. 5/6.

<sup>205</sup> Barroso (*op. cit.*, 2009a, p. 9) destaca, a respeito da habilidade de Marshall, que: “A decisão trazia, no entanto, um toque de inexecedível sagacidade política. É que as teses nela veiculadas, que em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas, como nada lhes foi ordenado — pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu —, não tinham como descumprir ou desafiar a decisão.”

<sup>206</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, p. 9.

A decisão proferida pela Suprema Corte sujeita-se a críticas diversas, muitas respaldadas por argumentos sólidos. Vejam-se algumas delas. Por haver participado direta e ativamente dos fatos que deram origem à demanda, Marshall deveria ter se dado por impedido de participar do julgamento. A decisão foi estruturada em uma sequência ilógica e equivocada do ponto de vista do direito processual, pois deveria ter se iniciado e encerrado no reconhecimento da incompetência da Corte. Havia inúmeros argumentos de natureza infraconstitucional que poderiam ter sido utilizados para indeferir o pedido, como o de que o direito ao cargo somente se adquire com a entrega efetiva do ato de investidura. A interpretação que levou Marshall a considerar a lei inconstitucional não era a única cabível, podendo-se reconhecer a incompetência da Corte ou o descabimento do writ por outras razões. E a falta de legitimidade democrática no desempenho desse papel pelo Judiciário.

Mesmo debaixo de fortes censuras, as bases jurídico-institucionais do controle de constitucionalidade na forma incidental foram postas no precedente de 1803 — supremacia da constituição, nulidade da legislação contrária e fiscalização pelo Poder Judiciário. É certo que a Suprema Corte estadunidense demoraria mais de meio século para, novamente, declarar a inconstitucionalidade de uma lei (*Dred Scott v. Sandford*, em 1857). A partir daquele julgado, todavia, a Suprema Corte dos EUA influenciou o constitucionalismo ao redor do mundo, lançando a ideia e, sobretudo, as bases para o exercício do controle judicial de constitucionalidade. Influenciou também o Brasil, como passa a ser analisado.

### **2.2.1.2. Desenvolvimento do sistema no Brasil**

A primeira Constituição brasileira foi promulgada em 1824, prevendo, como já visto, além dos três poderes clássicos — Executivo, Legislativo e Judiciário —, o Poder Moderador, que, como previsto textualmente, era “a chave de toda a organização Política, e [era] delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”<sup>207</sup>.

A figura do Poder Moderador, com expressa atribuição de Chefe Supremo da Nação, vai de encontro ao sistema de controle de constitucionalidade de leis nos moldes estadunidenses, especialmente nos aspectos de supremacia da Constituição e de ser o Poder Judiciário o prolator da última palavra acerca do que é ou não constitucional.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello aponta que, por outro lado, “os homens públicos do Império, ao elaborarem a Carta de 1824, sofreram a influência dos doutrinadores

---

<sup>207</sup> Art. 98 da Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm).

políticos da Inglaterra e da França, e os juízes, de então, estavam pouco afeitos ao Direito Constitucional dos E.E.U.U.”<sup>208</sup>, de modo que não houve previsão de controle de constitucionalidade nessa Constituição.

A Constituição, todavia, não foi totalmente destituída de instrumento que previsse a sua proteção contra desmandos. Em verdade, prescrevendo uma espécie de controle político de constitucionalidade, o artigo 15, inserido no Título 4º, que tratava do Poder Legislativo, estabelecia, no inciso IX, que “[e] da atribuição da Assembléia Geral (...) [v]elar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”. Mais adiante, no Título 8º, o artigo 173 prevê ainda que a “Assembléia Geral no principio das suas Sessões examinará, se a Constituição Política do Estado tem sido exactamente observada, para prover, como fôr justo.”<sup>209</sup>

Afora esse exame feito pela Assembleia Geral no início de suas sessões, para aferir a observância da Constituição, inexistia, por imposição do próprio sistema estrutural do Estado e pelas influências externas europeias, controle de constitucionalidade de leis exercido pelo Poder Judiciário ou por qualquer outro órgão.

Somente no final do Século XIX, com os movimentos republicanos e a forte influência constitucional estadunidense, carreada especialmente por Rui Barbosa, houve a institucionalização de que ao Poder Judiciário cabia examinar a Constituição e dizer o que era ou não conforme os seus preceitos.

Nessa senda, já na Constituição decretada pelo Governo Provisório, que sequer chegou a vigor, o artigo 58, § 1º, previa hipótese de recurso ao Supremo Tribunal Federal, inspirado no *Judiciary Act* americano, contra decisões de última instância das Justiças estaduais<sup>210</sup>. A influência americana é certa, dada a origem do modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade que se processa no julgamento de um caso concreto.<sup>211</sup>

No Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal brasileira, estatuiu-se, pela vez primeira em normativo vigente, quando se tratou das competências do Supremo Tribunal Federal, que “das sentenças definitivas proferidas pelos

---

<sup>208</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2ª edição. São Paulo: Bushatsky, 1980, pp. 155/156.

<sup>209</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, acessada em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm).

<sup>210</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 15 Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 582.

<sup>211</sup> Há, todavia, referências no sentido de que a fonte direta de inspiração do recurso extraordinário brasileiro foi argentina, que adotou o modelo estruturado em *Marbury v. Madison* em 1862, com a Lei 27, e em 1863, com mais precisão, na Lei 48, quando se escreveu o artigo 14 quase como uma tradução da Seção 25 do Primeiro *Judiciary Act*, de 1789. Barbosa Moreira (*op. cit.*, p. 582) bem examina a adoção argentina do *judicial review* e Jorge Amaury Maia Nunes, em reunião do Grupo de Estudo em Direito Processual Civil da Universidade de Brasília ocorrida em 2013, fez alusão à influência direta argentina sobre a adoção pelo Brasil, na Primeira República, do recurso extraordinário.

tribunais e juizes dos Estados” caberá recurso à Corte “quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição” ou “quando a interpretação de um preceito constitucional ou lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão”.<sup>212</sup>

A propósito dessa ampliação e renovação da competência conferida ao Supremo Tribunal Federal, vale referenciar o excerto seguinte extraído da exposição de motivos escrita pelo então Ministro da Justiça, Manuel Ferraz de Campos Salles, ao Chefe do Governo Provisório, General Manoel Deodoro da Fonseca. O trecho bem demonstra a intenção expressa de fortalecer o Poder Judiciário, equilibrando-o, no que respeita à estrutura estatal, aos demais poderes e de lhe atribuir a função de guardião da Constituição em face de desrespeitos advindos do Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário. Fica evidente, também, a influência dos EUA sobre a conformação do poder jurisdicional:

Não se trata de tribunales ordinarios de justiça, com uma jurisdicção pura e simplesmente restricta á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.

E' a vontade absoluta das assembléas legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbitrio soberano do poder executivo.

(...)

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se acha instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia do seu criterio decisivo afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.

E' por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues á austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

(...)

Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo

---

<sup>212</sup> Art. 9, “paragrapho unico, do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/D848.htm).

regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.<sup>213</sup>

Nesse contexto foi elaborada e promulgada a Constituição de 1891, que, no § 1º do artigo 59, seguiu o mesmo padrão normativo do Decreto que estruturou a Justiça Federal brasileira, prevendo que o Supremo Tribunal Federal julgaria em grau de recurso as lides em que se “contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais”.<sup>214</sup>

Até a Constituição de 1891, inclusive, nenhum instrumento legislativo nominou o recurso cabível ao Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade. A denominação “recurso extraordinário”, como destaca Barbosa Moreira, somente surgiu no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quando passou a ser adotada por outros diplomas subsequentes, tais como no artigo 24 da Lei 221, de 20.11.1894, artigos 678, alínea “d”, e 744 do Decreto 3084, de 05.11.1898, dentre outros seguintes.<sup>215</sup>

Outro ponto interessante de se notar é que, até então, previa-se apenas que cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar recurso contra decisão proferida, em última instância, pelos Tribunais locais que contrariassem a Constituição. Não havia regramento autorizando ou regulamentando a declaração de inconstitucionalidade pelos juízes das instâncias ordinárias.

Em 20 de novembro de 1894, adveio a Lei 221, que visava a completar a organização da Justiça Federal brasileira, revogando e acrescentando preceitos ao regramento contido na Lei 848 de 1890. Nela, o artigo 13, § 10, estatuiu, originalmente no ordenamento pátrio, que os “juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.<sup>216</sup>

Eram postas, assim, as bases brasileiras do controle de constitucionalidade difuso, destacando a competência ampliada do Supremo Tribunal Federal, que cuidava, também, da interpretação de lei federal, não somente da Constituição, e a possibilidade das instâncias ordinárias de deixar de aplicar ao caso concreto leis e regulamentos inconstitucionais.

---

<sup>213</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>

<sup>214</sup> Art. 59, § 1º, alínea “b”, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo texto foi acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm).

<sup>215</sup> MOREIRA, *op. cit.*, pp. 582/583.

<sup>216</sup> Texto legal acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/10221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm).

Na reforma constitucional de 1926, nada foi acrescentado ao texto relativo ao controle de constitucionalidade, apenas a melhora na redação do artigo 60 da Carta Política.<sup>217</sup>

Em 1934, a Constituição promulgada manteve as bases postas pelo ordenamento antecedente — artigo 76, III, alíneas “b” e “c”<sup>218</sup> — e trouxe avanços ao controle de constitucionalidade de leis, na forma difusa, com a criação de três institutos novos<sup>219</sup>, vigentes até os dias atuais.

Um das inovações, estatuída no artigo 179, foi a instituição da “reserva de plenário” para a declaração de inconstitucionalidade, prevendo que apenas “por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato do Poder Público”.

Noutro ponto, é sabido que as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaravam a inconstitucionalidade de uma lei, até então, ao contrário do que ocorria nos EUA a respeito do *stare decisis* e a vinculação ao precedente formatado pela Suprema Corte<sup>220</sup>, produziam efeito endoprocessual, apenas entre as partes daquele específico feito em que decidida a lide. A Constituição de 1934 inova nesse aspecto e prevê, nos artigos 91, IV<sup>221</sup>, e 96<sup>222</sup>, a competência do Senado Federal para suspender os efeitos de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário e produzir, assim, eficácia *erga omnes*. Como destacam Gilmar Ferreira Mendes *et al*<sup>223</sup>, a “fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de

---

<sup>217</sup> BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. In: SIQUEIRA, Alípio, et. al. O Poder Judiciário e a Constituição. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 135.

<sup>218</sup> “Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;”. Texto acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>219</sup> Não ignoramos a quarta e importantíssima evolução trazida pela Constituição de 1934, prevista no artigo 12, §§ 1º e 2º, relativamente à análise da constitucionalidade da lei que decretar intervenção federal sobre um Estado membro. Apenas por questões de pertinência temática, a questão não é aqui colocada, mas no subtópico 2.2.2.2.

<sup>220</sup> BARROSO (*op. cit.*, 2009a, p. 129) esclarece: “No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais.”

<sup>221</sup> “Art 91 - Compete ao Senado Federal: (...)IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;”. Texto acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>222</sup> “Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.” Texto acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>223</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 990.

constitucionalidade.” Celso Agrícola Barbi<sup>224</sup>, esclarecendo a questão dos precedentes no ordenamento brasileiro, aduz, sobre a redação do inciso IV do artigo 91, que:

Apesar da imprecisão, revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvida quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da Justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciários.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte.

De se referenciar, também, a previsão constitucional, pela vez primeira, do mandado de segurança (art. 113, n.º 33). Embora não tenha sido uma inovação direcionada ao aprimoramento do controle difuso de constitucionalidade, pela simplicidade e pela celeridade do processo, a ação mandamental proporcionou o aumento de demandas que questionavam a constitucionalidade de leis, causando uma conscientização social acerca da eficácia das garantias constitucionais e a familiaridade dos juízes das instâncias ordinárias com os litígios de natureza constitucional.<sup>225</sup>

A Carta Política de 34, apesar dos avanços, vigeu por muito pouco tempo. Logo veio o golpe de 1937 e a respectiva Constituição, outorgada em 10 de novembro daquele ano, retrocedeu enormemente em relação aos avanços institucionais alcançados pela sociedade brasileira até então<sup>226</sup>.

Embora tenha sido mantido o sistema de controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, sob o manto do regime instaurado por Vargas e pelo ordenamento construído pela Constituição de 37, o “Código de Processo Civil de 1939, no artigo 319, excluiu da apreciação judicial, por essa forma de processo [mandado de segurança], os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores dos Estados. Com isto, a atividade de controle de constitucionalidade foi grandemente reduzida.”<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> BARBI, *op. cit.*, p. 136.

<sup>225</sup> BARBI, *op. cit.*, p. 138.

<sup>226</sup> Zeno Veloso (Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 33) destaca o descolamento da Constituição de 37 da realidade brasileira: “... ela merece, quando muito, uma referência histórica. Foi documento que não saltou do papel para a vida. Trata-se de uma Constituição apenas nominal. Praticamente não foi executada, não foi aplicada.”

<sup>227</sup> BARBI, *op. cit.*, pp. 138/139.

Outro ataque à competência do Poder Judiciário decorreu da exceção prevista no parágrafo único do artigo 96 da Carta, no sentido de que, “[n]o caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, ao juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesses nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.<sup>228</sup> Essa interferência do Executivo e do Parlamento sobre decisões judiciais que declarassem a inconstitucionalidade de leis federais permaneceu vigente até o fim do Estado Maior.

Com a redemocratização, todavia, adveio a promulgação da Constituição de 1946<sup>229/230</sup>, resgatando, com poucas alterações, o respeito politicoinstitucional e toda a normatividade contida na Constituição de 1934 acerca do controle difuso de constitucionalidade de leis: o artigo 101, III, “b” e “c”, previu as hipóteses de cabimento recursal ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes das Constituições de 1891 e 1934; o artigo 64 ressuscitou a competência de o Senado suspender a lei declarada inconstitucional “por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”<sup>231</sup>; e o artigo 200 previu a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais.

A propósito da norma contida no artigo 64 constitucional, no projeto e nos debates congressuais que evoluíram para a Emenda Constitucional 16, de 1965, houve a tentativa de reescrevê-la para conferir eficácia *erga omnes* a todas as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declarassem a inconstitucionalidade de normas, incluindo as objeto de controle difuso.<sup>232</sup> No texto final, todavia, a inovação não foi inserida.

---

<sup>228</sup> Em 05 de setembro de 1939, Getúlio Vargas valeu-se do artigo 96 para emitir o Decreto-Lei 1.564 confirmando “os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.” Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>

<sup>229</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

<sup>230</sup> A Constituição de 1946 deu passo adiante para a evolução do controle de constitucionalidade na forma concentrada ao prever, novamente, no parágrafo único do artigo 8º, a submissão ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República a arguição de inconstitucionalidade da lei estatual para fins de intervenção federal — comumente chamada, também, por “representação interventiva” (MENDES *et al*, *op. cit.*, pp. 989/991). Também há que ser referenciadas as Leis 2.271/54 e 4.337/64, que regulamentaram a questão da arguição de inconstitucionalidade. O passo mais largo, todavia, veio com a Emenda Constitucional 16, de 1965, que instaurou no ordenamento jurídico brasileiro o controle *in abstracto* de constitucionalidade de leis estaduais e federais, tema que será adiante mais bem explorado.

<sup>231</sup> A redação é mais precisa do que a da Constituição de 1934, que previa a declaração de inconstitucionalidade pelo “Poder Judiciário”.

<sup>232</sup> MENDES *et al*, *op. cit.*, p. 991/993.



Em 1967, o Brasil conheceu a sua sexta Constituição e, no que respeita ao controle difuso de constitucionalidade, conservou incólume o sistema adotado pela Carta de 1946<sup>233</sup>, inobstante tenha sido erigida em um contexto político ditatorial. O padrão sistêmico manteve-se, também, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969<sup>234</sup>, que reformulou consideravelmente o Texto de 67.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977<sup>235</sup>, por sua vez, trouxe ao ordenamento jurídico a primeira tentativa válida de se criar um filtro ou uma forma de seleção dos processos que, por recurso extraordinário, alçasse ao Supremo Tribunal Federal.

Com a nova redação conferida pela Emenda, o parágrafo primeiro do artigo 119 da Constituição passou a prever que, regulamentado pelo seu Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal, julgará recurso extraordinário contra decisão que contrariar dispositivo constitucional, negar vigência a tratado ou lei federal ou, ainda, der à lei federal interpretação divergente da que tenha dado outros tribunais.

Em verdade, a alteração constitucional procedida pela Emenda 7/77 veio a respaldar alteração feita no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dois anos antes. Deveras, no dia 17 de junho de 1975, o Supremo Tribunal Federal fez publicar a Emenda 3 de seu Regimento Interno que, dentre outras, alterou, sem qualquer respaldo constitucional até então, o artigo 308 para prever que “[s]alvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas.”<sup>236</sup>

Com ou sem respaldo constitucional, fato é que, da redação regimental, percebe-se que a arguição de relevância da questão federal se tratava, como o nome já infere, de um filtro de processos que subiam ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário para cuidar de violação à lei federal, não à Constituição. Nesse caso — “de ofensa à Constituição” —, todos os recursos haveriam que ser admitidos. No que respeita à negativa de vigência à lei federal, o recurso somente era reconhecido em caso de relevância da matéria.

---

<sup>233</sup> MENDES *et al*, *op. cit.*, p. 993. VELOSO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>234</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecor1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm)

<sup>235</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecor1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc07-77.htm)

<sup>236</sup> Excerto do Diário de Justiça (Ano L, n.º 112) acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970\\_emenda\\_3\\_dj\\_1975.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_3_dj_1975.pdf)

Embora o tema não tenha relacionamento direto com o controle difuso de constitucionalidade da época, vale a referência pelo fato de que a ideia acerca da arguição de relevância da questão federal é próxima (embora não o seja muito, substancialmente<sup>237</sup>) do que se tem hodiernamente com a repercussão geral da questão constitucional tratada no recurso extraordinário.

Os tempos passaram e, em nova redemocratização, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, que, desde o início da nova ordem jurídica até os dias atuais, viu grande modificação imposta ao controle difuso de constitucionalidade brasileiro.

Originalmente, a respeito da atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, afóra a especialização, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, no exame de questões exclusivamente constitucionais, a Constituição Federal de 1988 manteve-se fiel à estrutura que vinha sendo repetida desde a Constituição Republicana de 1891.<sup>238</sup>

Necessário destacar que, na esteira da criação do Superior Tribunal de Justiça, em que se pensava que seria solucionado o problema de sobrecarga de processo no Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 não repetiu a fórmula da arguição de relevância, nem para questões federais, nem para matéria constitucional.

Afóra essas alterações, que, a bem da verdade, não se ligam diretamente ao tema controle difuso de constitucionalidade, o texto original da Constituição de 1988<sup>239</sup> (artigo 102, III, “a”, “b” e “c”), nesse aspecto, não se alterou substancialmente em relação ao padrão adotado pelas Constituições pretéritas, ficando o Supremo Tribunal Federal competente para julgar recurso extraordinário, nas “causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida” contrariar dispositivo constitucional, “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” ou “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.

Foi mantida a competência atribuída a qualquer juiz ou tribunal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, respeitada, nos órgãos colegiados, a reserva de plenário (artigo 97). Também constou do Texto Magno a competência

---

<sup>237</sup> A arguição de relevância da questão federal tinha iminente objeto de reduzir a quantidade de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário. A repercussão geral da questão constitucional, criada em um contexto institucional diferente, como se verá adiante, traz o efeito reflexo de redução do número de processos, mas a substancial inovação trazida pelo instituto tem relação com o novo papel estatal desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no que respeita ao seu caminhar para ser mais um Tribunal Constitucional do que o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

<sup>238</sup> QUINTAS, Fábio Lima. A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. *In: Direito Público* (Porto Alegre), n.º 22 – Jul-Ago/2008, p. 8.

<sup>239</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

de o Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo 52, X).

Ocorre, todavia, que, ao largo da manutenção do *status quo* do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle difuso, a Constituição de 1988 trouxe inovações em relação ao controle concentrado da constitucionalidade importantes para a consolidação do Tribunal como uma Corte de Constitucionalidade. Essas questões, todavia, serão mais bem examinadas adiante, no subtópico 2.2.2.2.

Cabe anotar somente, como destaca Barroso, que no “direito comparado observa-se forte tendência de restringir a atuação das cortes constitucionais a um número reduzido de causas de relevância transcendente.”<sup>240</sup> Mendes *et al*<sup>241</sup> noticiam que, na própria matriz do controle difuso de constitucionalidade — EUA:

A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter “uma declaração judicial sobre a validade da lei”, ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional.

Nesse contexto, o recurso extraordinário, como historicamente foi construído no direito brasileiro — de perspectiva individual, sendo o veículo de condução ao Supremo Tribunal Federal da questão constitucional suscitada como causa de pedir da pretensão subjetiva deduzida em processo judicial —, perde espaço para que exsurja uma nova feição do apelo, de perspectiva jurídico-institucional, enfatizando a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal de Guardião da Constituição.<sup>242</sup>

A propósito dessa reformulação essencial, Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar do impacto da Lei 10.259/2001 no exercício da jurisdição constitucional — já no contexto das alterações impingidas pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que será mais bem examinada adiante — destaca que “esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Referido instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, as funções de defesa da ordem constitucional objetiva.”<sup>243</sup>

Partindo desse cenário de rápida e profunda evolução jurídico-institucional, veio à lume a Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, trazendo uma “reforma do

---

<sup>240</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, p. 110.

<sup>241</sup> MENDES *et al*, *op. cit.*, 2007, p. 1012.

<sup>242</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2008, p. 13.

<sup>243</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro. Brasília: Mimeo, 2007, p. 27.

Poder Judiciário” e alterando, nesse sentido, substancialmente, o controle difuso de constitucionalidade.

De fato, o desenvolvimento e a proeminência do controle concentrado de constitucionalidade vivenciados desde a Constituição de 1988 criaram uma situação de necessidade urgente de alteração legislativa, no que respeita, especialmente, ao controle difuso de constitucionalidade, de sorte a redimensionar o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, em 30 de dezembro de 2004, promulgou-se a Emenda Constitucional n.º 45<sup>244</sup>, que alterou sobremaneira o julgamento de recursos extraordinários, os efeitos irradiados a partir dos acórdãos proferidos e, conseqüentemente, o processamento nas instâncias ordinárias das ações judiciais em que se discuta matéria de ordem constitucional.

Um dos institutos criados pela Emenda Constitucional foi a já referenciada neste trabalho repercussão geral das questões constitucionais. Deveras, acrescentou-se ao artigo 102 do Texto Magno o § 3º, prevendo que 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”.

Inobstante tenha criado um requisito intrínseco de admissibilidade ao recurso extraordinário, o que dificulta o acesso do jurisdicionado ao Supremo Tribunal Federal e reduz, naturalmente, o número de demandas que lhe são submetidas a julgamentos, a repercussão geral da questão constitucional foi trazida ao ordenamento para expor a nova face do controle difuso de constitucionalidade, que destaca, primordialmente, a função do Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição. A propósito dessa questão, vale nova referência ao que escreveu Fábio Lima Quintas<sup>245</sup>:

A vocação da repercussão geral não é diminuir o acervo de processos do Supremo Tribunal Federal (conquanto isso seja um efeito reflexo). Em verdade, a sua função é assegurar outra espécie de julgamento para os recursos extraordinários: mais reflexivo e com maior participação social.

(...)

Isso demanda a possibilidade de escolha de casos constitucionalmente relevantes para serem julgados e a construção de um ambiente que colabore para o bom julgamento desses casos relevantes (aqui se insere a contenção da avalanche de processos, que é apenas meio e não um fim em si mesma).

Nesse novo contexto, a repercussão geral é, pois, o filtro adequado para segregar os processos que merecem ser julgados daqueles que não são merecedores de julgamento, sendo certo que esse

---

<sup>244</sup> Texto acessa em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)

<sup>245</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2007, pp. 17 e 19.

liame se estabelece a partir da reafirmação do papel institucional do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional.

Pois bem, para cumprir o requisito da repercussão geral, a parte deve demonstrar, no bojo do recurso extraordinário, a relevância da questão constitucional sob o “ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil anterior)<sup>246</sup>. Interpretando a disposição infraconstitucional, colhe-se que, além da relevância da questão constitucional, sob os aspectos que enumera, deverá ela transcender os limites subjetivos da relação jurídico-processual em deslinde.<sup>247</sup>

A exigência de que a questão constitucional discutida judicialmente ultrapasse o interesse subjetivo das partes litigantes e a previsão contida no § 6º do mesmo dispositivo processual<sup>248</sup> dão a medida da tentativa de objetivação do recurso extraordinário, da aproximação do controle difuso ao controle concentrado e do efeito transcendental da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgar o mérito de uma demanda sob o procedimento da repercussão geral.

É que o julgamento de um único recurso representativo da controvérsia repercutirá sobre todos os demais processos em trâmite no Poder Judiciário que cuidarem de matéria idêntica (artigo 543-B, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil pretérito), conferindo ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do seu regimento interno, o poder de cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º do mesmo dispositivo).<sup>249</sup>

Há que se destacar que, mesmo sendo julgado o recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal pela sistemática da repercussão geral, a Constituição não confere eficácia *erga omnes* ou vinculante ao precedente formatado. Da forma como estruturada a questão na legislação processual civil pretérita e na atual, os tribunais não precisariam, necessariamente, seguir a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento meritório de demanda com repercussão geral conhecida<sup>250</sup>. Todavia, o ordenamento jurídico prevê ritos mais céleres — como a propositura de reclamação diretamente perante o

---

<sup>246</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm). No atual Código de Processo Civil, art. 1.035.

<sup>247</sup> O § 3º do artigo 543-A do Código de Processo Civil anterior prevê que “[h]averá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”

<sup>248</sup> “§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>249</sup> No atual Código de Processo Civil, o tratamento da matéria encontra-se no art. 1.036.

<sup>250</sup> Cabe apontar que o novo Código de Processo Civil, já em vigência, não altera essa questão, a teor do art. 1.041, embora force a análise de precedentes jurisprudenciais indicados pelas partes em sentença, em caso de não os seguir, sob pena de não considerá-la fundamentada (art. 489, § 1º, VI, do novo CPC).

Supremo Tribunal Federal (art. 156 do RISTF<sup>251</sup>) — para que, em caso de manutenção de decisões contrárias à orientação pretoriana, sejam elas sumariamente cassadas ou reformadas.

Rememora-se aqui à questão levantada anteriormente da falta de tradição jurídica em relação ao acolhimento do precedente emanado da Suprema Corte por parte dos demais órgãos judiciários. Continuamos sem ela, que só virá (se vier) com o tempo, mas, agora, houve o aprimoramento dos instrumentos pretorianos de combate a possíveis não acolhimentos espontâneos da jurisprudência formatada.

Diferentemente ocorre com a súmula vinculante, outra alteração importante trazida pela Emenda Constitucional n.º 45, que permite ao Supremo Tribunal Federal aprovar, acerca de matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas estatais (art. 103-A da Constituição de 1988).

Especificamente, prevê o Texto que, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá aprovar a súmula vinculante mediante decisão de dois terços de seus membros.

Como especificado no § 1º do aludido artigo constitucional, a “súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Jorge Amaury Maia Nunes, em monografia acerca do tema “Segurança Jurídica e Súmula Vinculante”, destaca o objetivo de a súmula vinculante “estabelecer um maior controle das decisões judiciais no sentido de permitir ao jurisdicionado certo grau de previsibilidade de condutas”<sup>252</sup>. Para ele,

... a deliberação sobre a edição de súmula de natureza vinculante somente deverá ocorrer após uma fase de amadurecimento da questão constitucional. Não será, isto é, não deverá ser, no primeiro contato com a matéria que o Supremo Tribunal Federal editará a súmula. O pressuposto é o de que haja reiteradas decisões no mesmo sentido a respeito da matéria constitucional debatida.<sup>253</sup>

A súmula vinculante foi, portanto, a via encontrada pelo Constituinte derivado para conferir efeito *erga omnes* e vinculante aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, em

---

<sup>251</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Dezembro\\_2013\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf)

<sup>252</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 156.

<sup>253</sup> NUNES, *op. cit.*, p. 160.

matéria constitucional já devidamente experimentada, na medida em que elas sejam transformados em enunciados na forma prevista no artigo 103-A da Constituição.

Esse, portanto, o cenário atual do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, que caminha ao lado, como visto — e dele tenta se aproximar —, do controle de constitucionalidade concentrado, que passa a ser objeto da pesquisa.

### **2.2.2. Jurisdição constitucional direta**

O controle de constitucionalidade de leis, portanto, teve início, de maneira institucionalizada, na então jovem Nação americana, que, em processo ainda de demarcação de limites institucionais e com a reconhecida habilidade de Marshall na condução do caso concreto paradigmático, estabeleceu a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição.

Na Europa, por circunstâncias sociopolíticas que serão mais bem examinadas adiante, a possibilidade encontrada para a defesa da Constituição foi outra, não deferida ao Poder Judiciário, mas a um órgão estatal cuja composição seria parecida com a de um tribunal, mas não exerceria jurisdição, isto é, não seria voltado à discussão e à resolução de casos concretos, com revolvimento fático, mas, sim, com a precípua atuação de verificar a compatibilidade das leis, *in abstracto*, com os termos constitucionais.

O modelo europeu de controle de constitucionalidade parte do confronto direto “*norma vs. norma*”, não da subsunção “fato à norma”, em que se abre uma discussão excepcional relativa à validade dessa norma em face da Constituição. Conferir a compatibilidade da lei tendo como anteparo a Lei Fundamental é o objeto do ação de controle de constitucionalidade da norma no plano abstrato. É a questão principal a ser dirimida no processo.

Esse tipo de controle, regularmente, é atribuído a um único órgão estatal ou a um número reduzido e limitado deles, diferentemente do que ocorre no controle difuso, razão pela qual é costumeiramente chamado de controle concentrado de constitucionalidade. No exercício desse controle, o órgão ou os órgãos que controlam a constitucionalidade são uma espécie de faxineiros do ordenamento jurídico, cuja poeira é a lei incompatível com a Constituição, que de ser varrida daquele ambiente — do ordenamento jurídico.

Vale entender o porquê e como esse sistema surgiu.

### 2.2.2.1. Kelsen e o Tribunal Constitucional

Quando da formação, na Europa, do Estado Moderno, de matiz liberal e iluminista, a Constituição tinha o reduzido papel de norma estruturante, de organização estatal, prevendo a separação de poderes e poucas, na verdade, quase nenhuma regra existia que visasse à proteção de direitos individuais. Como adverte Eduardo García de Enterría,

[...] essa doutrina da Constituição como Lei Fundamental, como Direito que pode exigir justificações à legislação ordinária e, enquanto superior, a está a fazer nula a que lhe seja contrária, vai aparecer na Europa trazida pela Restauração que segue à aventura napoleônica, pelos ataques concentrados da direita e da esquerda.<sup>254</sup>

O Estado liberal, como visto, formou-se como o fruto de um movimento constitucionalista que lutava pela divisão de poderes e pela primazia da lei contra os abusos estatais e em face da insegurança trazida especialmente aos anseios da burguesia e à proteção de suas propriedades. Já se tinha a ideia de supremacia popular e a lei, decorrente da elaboração parlamentar (e só parlamentar, salvo a possibilidade de veto), órgão estatal constituído por representantes do povo, era suprema e constituía a ordem estatal — respeitava-se com muita força o princípio da legalidade.

Dada a noção de supremacia da lei e, por conseguinte, a força institucional detida pelo Parlamento, Jorge Miranda aponta: “por que o constitucionalismo europeu não adopta um princípio da garantia jurisdicional é a separação dos poderes”, uma vez que, “os tribunais, se o problema da inconstitucionalidade das leis se levantasse perante eles, declarar-se-iam desde logo incompetentes”<sup>255</sup>.

O Jurista português considera que o constitucionalismo liberal europeu adotou uma rígida separação de poderes, não coincidente com a teoria da harmonia ou de equilíbrio na inter-relação dos poderes sistematizada por Montesquieu, fazendo constar, por exemplo, na Constituição de Portugal de 1822, que a separação “era de tal maneira independente que um não poderá arrogar a si as atribuições dos outros”. E arremata: “[e]ntão, na hipótese dos tribunais julgarem da constitucionalidade das leis, seria o poder judicial a assumir atribuições do poder legislativo. A função dos tribunais confina-se em levar a lei a aplicar-se a conflitos concretos, pertencendo aos órgãos legislativos resolver o que é ou não é lei.”<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 137/138.

<sup>255</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, p. 44.

<sup>256</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, pp. 44/45.



A respeito da força do princípio da legalidade, Miranda aponta que, no Estado liberal, “prescinde-se da sua fiscalização [da constitucionalidade] contra os órgãos do poder legislativo devido ao entendimento exaltado da lei.”<sup>257</sup>

Esse era o cenário institucional europeu até quase o fim do século XIX, quando os anseios liberais passam a ser insuficientes para uma grande parcela da sociedade, com a pouca atenção que recebia da legislação da época e, conseqüentemente, do Estado. Iniciam-se, assim, conflitos sociais na busca por maior e mais efetiva proteção e o recrudescimento desses conflitos desestabilizou a ordem liberal, trazendo alterações substanciais ao meio sociopolítico.

Daí, então, começa a transição paradigmática do Estado Liberal para o Estado Social, em que, da mínima intervenção que beirava ao absenteísmo, o Estado passa a oferecer prestações positivas aos cidadãos — saúde, educação, seguridade social, direitos trabalhistas, dentre outros. Sobre o novo ambiente, Fábio Lima Quintas bem coloca que:

As amplas funções do Estado Social importaram na regulação minuciosa da vida social. Houve, por isso, na esfera jurídica, uma multiplicação de normas, com o objetivo de submeter a vida social “aos ditames do direito positivo”. Significa dizer que as condições político-sociais do Estado Social exigiram maior atuação do Estado, o que repercutiu na intensa edição de normas.<sup>258</sup>

Percebe-se de pronto, no contexto da mudança de paradigma, o exurgimento dos ideais de justiça e a separação do princípio da legalidade e o princípio da legitimidade, passando a importar mais a matéria, se legítima ou não segundo os novos direitos orientadores, do que a forma, isto é, a legalidade estrita. Paulo Bonavides, nesse sentido, aponta que:

A passagem do antigo ao novo Estado marcava, por igual, o começo de uma época constitucional, derivada da ruptura dos princípios da legalidade e da legitimidade que andavam conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio enquanto o Estado Liberal pôde manter incontestável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes.<sup>259</sup>

O Publicista brasileiro destaca que “o novo Estado constitucional (...) é conspicuamente marcado de preocupação distintas, volvidas, agora, menos para a liberdade do que para a justiça”. Segundo aponta, “a justiça, como anseio e valor social superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção” que se percebia em relação à liberdade. A preocupação de se ter uma atuação legítima, não mais apenas legal, tem

---

<sup>257</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, pp. 79/80.

<sup>258</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2007, p. 65.

<sup>259</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 47.

respaldo na gama de direitos fundamentais hauridos das lutas sociais de então<sup>260</sup>. Bonavides, nesse diapasão, explicita que:

Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos de segunda geração, a legitimidade — e não a lei — se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade.<sup>261</sup>

Com o advento do Estado Social e da nova ordem jurídica que lhe dá sustentação a partir do final do século XIX, surgem os parâmetros do Direito Constitucional contemporâneo, tendo os preceitos da Constituição como estruturantes do ordenamento jurídico, cujas normas (ou princípios, nos termos de Bonavides), colocadas em patamar superior, balizam e limitam (ou, tão somente, legitimam) toda a atuação legiferante estatal. Surge, como bem coloca Jorge Miranda, o princípio da constitucionalidade, considerando o fato de não bastar que a Constituição outorgue apenas garantias, sem, por seu turno, existir meios que garantam a sua devida observância.<sup>262</sup>

Nesse novo contexto, Hans Kelsen demonstra habilidade política, assim como Marshall demonstrou no comando da Suprema Corte dos EUA, para criar, no continente europeu, o controle de constitucionalidade de normas sem que houvesse resistência intransponível dos demais Poderes estatais.<sup>263</sup>

Partindo do pressuposto de que “a Constituição é a base fundamental da ordem estatal” e “a base indispensável das normas jurídicas que regulam a conduta recíproca dos membros da comunidade estatal e das normas que determinam os órgãos encarregados de aplicá-las e impô-las, assim como a forma de atuação desses órgãos”, Kelsen aponta que, à norma constitucional, deve ser atribuído o maior grau de estabilidade possível<sup>264</sup>. Nas palavras de Canotilho, devem ser criados mecanismos de defesa da Constituição, consistentes em “meios

---

<sup>260</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, p. 46.

<sup>261</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, 2008, pp. 48/49.

<sup>262</sup> MIRANDA, *op. cit.*, 2007, p. 77.

<sup>263</sup> Sergio S. da Cunha, em escritos introdutórios à edição brasileiro da “Jurisdição Constitucional” kelseniana, aponta que o tribunal constitucional e a concentração nele do controle de constitucionalidade não decorre da invenção teórica ou da lógica, mas da necessidade histórica de assim fazê-lo, especialmente porque, “[n]um sistema processual como esse [de matiz liberal, submetido ao princípio da legalidade] dificilmente se instalaria o controle judicial de constitucionalidade, em que o cidadão tem o direito de buscar, junto ao juiz do seu domicílio (o juiz natural), a correção de atos inconstitucionais da autoridade.” (KELSEN, *op. cit.*, 2013, pp. VIII/IX).

<sup>264</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003, p. 96.

e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental”<sup>265</sup>.

Para garantir o meio grau de estabilidade possível à norma constitucional, Kelsen, então, previu duas formas, fundamentalmente, para o exercício do controle da constitucionalidade das leis: preventiva (que não é objeto deste trabalho) e repressiva. Para exercício da função, repressivamente, o Jurista constrói a ideia do Tribunal Constitucional.

De fato, Kelsen parte do pressuposto de que “essa garantia [proteção efetiva da Constituição] só existe se a anulação do ato irregular for pronunciada imediatamente por um órgão totalmente distinto e independente daquele que fez o ato irregular”.<sup>266</sup> Como justificativa, assevera:

9. A garantia constitucional é, de todas as hipóteses de garantia de regularidade, aquela em que é maior a tentação de encarregar da anulação dos atos irregulares o próprio órgão que os produziu. Mas é também a situação em que tal procedimento parece ser mais contra-indicado: com efeito, a única forma em que esse procedimento parece suscetível de oferecer alguma garantia eficaz de constitucionalidade — declaração da irregularidade do ato por um terceiro órgão e obrigação, imposta ao órgão autor, de anulá-lo — é impraticável, pois o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de forma eficaz.<sup>267</sup>

Kelsen preocupou-se, primeiramente, em definir, em linha parecida com o que preceitua o princípio da separação de poderes, que o mesmo órgão que elabora as leis — o Parlamento — não pode exercer o controle de constitucionalidade, uma vez não haveria forma eficaz de obrigá-lo a anular aquilo que ele próprio produz — o freio, nesse caso, não teria nenhuma eficácia.

À época, todavia, inobstante estivesse em meio à vivência já de um Estado com concepções sociais, a ideia de soberania do Parlamento ainda pairava sobre o ambiente sociopolítico e Kelsen, embora o contestasse, precisou de artifícios para impedir que a sua formulação fosse rachada de pronto. Assim, conhecedor do sistema americano de controle, previu duas possibilidades para que fosse exercido, ou por “uma jurisdição ou um tribunal constitucional”, embora já apresentasse o entendimento que, *in caso*, não havia exercício de função jurisdicional. Vale ler os escritos do próprio Autor:

O órgão que convém incumbir de anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

---

<sup>265</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 887.

<sup>266</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003, p. 106.

<sup>267</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003, p. 108.

Esse sistema suscita, geralmente, algumas objeções. A primeira, naturalmente, é que semelhante instituto seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas — além de que não cabe preocupar-se com a soberania de determinado órgão estatal, pois a soberania pertence, no máximo, à própria ordem estatal (...).

Valor não muito diferente tem a segunda objeção, derivada do princípio da separação dos poderes. A anulação de um ato legislativo por órgão distinto do órgão legislativo é, de fato, uma ingerência no chamado “poder legislativo”. Tal argumento, entretanto, revelar-se-á muito problemático se considerarmos que o órgão encarregado de anular as leis inconstitucionais, ainda quando organizado como um tribunal — com membros independentes — não exerce realmente uma função jurisdicional.

É clara, portanto, a preocupação de Kelsen com a separação de poderes e, especialmente, em não infringir o âmbito de atuação do Parlamento, trazendo-o para o fronte de resistência em relação à implantação do seu modelo. Mais clara ainda é a tentativa de desvincular o exercício do controle de constitucionalidade do Poder Judiciário, afirmando desde logo não se tratar de uma função jurisdicional.

Hans Kelsen aponta muito claramente que o Tribunal Constitucional “não exerce função verdadeiramente jurisdicional”, embora seja organizado na forma de um tribunal, mas, sim, função legislativa, uma vez que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.”<sup>268</sup>

Em epítome, essas são as ideias kelsenianas em relação à estruturação do controle de constitucionalidade de leis, exercido por um tribunal constitucional de forma concentrada. Essa nova estrutura estatal que ele forjou foi ensartada por ele próprio na Constituição austríaca de 1920, da qual participou da elaboração logo após o término da I Guerra Mundial e a criação da República austríaca. A Corte Constitucional austríaca, assim, encarregava-se, dentre outras competências, da precípua função de verificação da constitucionalidade de atos dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>269</sup>, verificação essa que era expressamente vedada aos demais tribunais. Da Áustria, especialmente após a II Guerra Mundial, o modelo espalhou-se para outros países europeus e americanos, tendo sido adotado no Brasil, efetivamente, a partir de 1965, como passa a ser examinado.

---

<sup>268</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2003, pp. 151/152.

<sup>269</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2013, pp. VII e VIII.

### 2.2.2.2. Adoção do controle concentrado pelo Brasil

Como visto anteriormente, desde o final do século XIX, o Brasil controlava a constitucionalidade das leis seguindo o modelo americano, difuso, na discussão de um determinado caso concreto.

A segunda Constituição republicana brasileira, a de 1934, embora não tenha chegado à plenitude do controle kelseniano, previu a possibilidade de instauração, perante o Supremo Tribunal Federal, da chamada representação interventiva, cujo objetivo era “a decretação de intervenção federal nos Estados federados, em caso de inobservância de algum dos denominados princípios constitucionais *sensíveis*”<sup>270</sup>.

No âmbito do processo de intervenção federal, o Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da República, poderia examinar a lei estadual e, declarando-a contrária à Constituição, no plano abstrato, julgava procedente o pedido, autorizando que se fizesse a intervenção. Embora não houvesse ação direta para a declaração da inconstitucionalidade da lei, a Carta de 1934 conferiu poderes ao Supremo Tribunal Federal para, pela vez primeira, examinar a compatibilidade de uma lei em face da Constituição.

O passo mais largo no sentido da implementação do modelo de controle concentrado kelseniano no Brasil foi dado pela Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que instaurou no ordenamento jurídico brasileiro o controle *in abstracto* de constitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais e federais. Estabelecia-se, então, a via direta para o questionamento da compatibilidade da lei contrária à Constituição, que poderia ser realizado pelo Procurador-Geral da República, tão somente, e teria a consequência de, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, o ato legislativo ser expungido do ordenamento jurídico, gerando efeitos genéricos e futuros, no plano da abstração normativa.

A Constituição de 1967/1969 manteve a mesma regência do controle, mas passa a sofrer significativas alterações a partir da Constituição de 1988. Uma dessas alterações, que parece efêmera, mas que aumentou substancialmente a participação do Supremo Tribunal Federal no cenário políticoestatal, foi a ampliação do rol de legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Exclusividade do Procurador-Geral da República até então, a nova Carta, no artigo 103, enumera outros vários entes legitimados a tanto. Sobre o ponto, Gilmar Ferreira Mendes *et al*, no excerto seguinte, destacam a ênfase constitucional ao controle concentrado em detrimento dos modelos anteriores:

---

<sup>270</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, p. 153.

Manteve-se o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar essa iniciativa (CF, art. 103). A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura fez com que até mesmo pleitos tipicamente individuais fossem submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas.<sup>271</sup>

Aliado a esse fator anteriormente exposto, confirmando a ênfase constitucional em relação ao modelo concentrado de controle, a Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993<sup>272</sup>, no que respeita à análise suprema da constitucionalidade *in abstracto*, traz avanços importantes, ampliando o leque de instrumentos disponíveis para o exercício da função de Guardião da Constituição.

Nessa reforma constitucional, por exemplo, a alínea “a” do inciso I do artigo 102 é alterada para acrescentar à competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento, além da ação direta de inconstitucionalidade, “a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, que foi dotada, naquela oportunidade, a teor do que prescrito no também acrescentado § 2º do artigo 102, que as “decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Não se pode perder de vista o aparelhamento do Supremo Tribunal Federal por instrumentos para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade a partir das publicações da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, e da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no Texto constitucional originário no parágrafo único do artigo 102, hodiernamente prescrita no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

Colocadas essas informações gerais, percebe-se que no Brasil, efetivamente desde 1965, há um sistema misto de controle de constitucionalidade: são atribuídos poderes, ambos

---

<sup>271</sup> MENDES *et al*, *op. cit.*, pp. 1010/1011.

<sup>272</sup> Texto acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1)

ao Judiciário, de conferir a compatibilidade da norma no caso concreto, no modelo haurido dos EUA, como o de examinar, no plano da abstração normativa, a legitimidade da lei em face da Constituição, nos termos da elaboração kelseniana.

Sendo esses os contornos da jurisdição constitucional brasileira, cabe confrontá-los com as balizas já colocadas acerca do conceito de jurisdição, de sorte a responder, com a precisão necessária, a indagação que vai posta na epígrafe seguinte.

### **2.3. É a jurisdição constitucional verdadeira jurisdição?**

Jurisdição, com visto, em sentido atual, tem relação com a função estatal atribuída precipuamente aos entes do Poder Judiciário — ao juiz — para a realização de julgamento de casos concretos, aplicando a fatos o direito preexistente no ordenamento ou, na falta de uma regra precisa, criando o direito especificamente para que se dirima aquele determinado conflito de interesses, seguindo sempre os padrões já estabelecidos pela Constituição.

Há mais: existindo um direito preexistente regente do caso concreto sob julgamento, o juiz somente pode deixar de aplicá-lo em caso de o declarar inconstitucional, sendo vedado a ele fazer outro julgamento político em relação à norma — se justo ou não, por exemplo.

Diante dessas balizas e de tudo o que se viu a respeito das funções estatais despenhadas no exercício do controle de constitucionalidade, o modelo misto brasileiro de jurisdição constitucional ora é ora não é verdadeira jurisdição. Explica-se:

Quando a expressão jurisdição constitucional referir-se à verificação, pela via judicial ordinária, da compatibilidade da norma jurídica em face da Constituição para a resolução de um caso concreto — jurisdição constitucional incidental —, haverá verdadeira prestação jurisdicional, função estatal conferida ao Poder Judiciário, uma vez que, interposto entre o fato e a norma que se pretende ver aplicada, o juiz examinará a constitucionalidade dela, primeiramente, para conhecer se pode ou não a aplicar ao caso *sub judice*. Nas palavras de Mirkine-Guetzévitch, a atuação “é extremamente simples e clara, pois que o juiz encarregado de aplicar as leis constitucionais e as leis ordinárias, dá, no caso de conflito entre as duas legislações, a preferência às primeiras”.<sup>273</sup>

Mesmo quando a discussão chega ao Supremo Tribunal Federal pela sistemática da repercussão geral, por mais que se pretenda dar valor ao precedente e fazer com que os demais

---

<sup>273</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, pp. 72/73

casos idênticos sejam julgados de igual maneira, está-se diante da aplicação do direito constitucional ao caso concreto.

Com efeito, o fato de se resolver um determinado caso paradigma e de se reproduzir o resultado a uma miríade de outras lides idênticas, o Supremo Tribunal Federal não opera no plano da abstração, por mais que se esforce para que o julgado produza efeitos sobre os demais.

Não há, por assim dizer, a alteração do ordenamento jurídico, mas a resolução em massa dos conflitos de interesses submetidos ao Poder Judiciário, e, nesse caso, a função judicialmente desempenhada configura verdadeiramente jurisdição.<sup>274</sup>

O mesmo não ocorre quando o juiz do Supremo Tribunal Federal brasileiro examina, em uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, a compatibilidade da lei em face da Constituição Federal, análise essa que, totalmente descolada de um conflito de interesse interpessoal, tem por objetivo único decidir se a lei confrontada é ou não válida e se pode ou não continuar a produzir os seus efeitos, abstratamente e para o futuro, no ordenamento jurídico.

Por qualquer prisma que se observe a função desempenhada por uma Corte de Constitucionalidade no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, em nenhum deles será visto algum elemento essencial que possa ser confundido com os da função jurisdicional<sup>275</sup>. Podem haver externalidades — como a estrutura em forma de tribunal, a (equivocada)<sup>276</sup> utilização de institutos da teoria geral do processo subjetivo para o feito objetivo conduzido pela Corte —, mas nada de substancial que possa ser colocado como liame entre as duas funções.

Nessa linha, o próprio pai do modelo, como já referenciado, aduziu, na origem, que o Tribunal Constitucional “não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal”. Sendo mais direto,

---

<sup>274</sup> Nesse sentido, Pablo Pérez Tremps (*Sistema de Justicia Constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2010, p. 153) aponta que “[e]n efecto, la jurisdicción ordinaria, desde una perspectiva sustantiva, está plenamente vinculada a la Constitución, lo que significa que está limitada (en negativo) por la norma fundamental y que debe aplicarla (en positivo) en todas y cada una de sus actuaciones, sin poder, pues, ni vulnerarla ni desconocerla.”

<sup>275</sup> Mauro Cappelletti (O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2ª Edição reimpressa. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 23/24) bem adverte que “o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ou contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada ‘justiça constitucional’ [...]”.

<sup>276</sup> Sobre a errônea utilização de conceitos da teoria geral do processo subjetivo — tais como, tutela cautelar, coisa julgada, dentre outros — para o processo objetivo, conferir a crítica desenvolvida por Jorge Amaury Maia Nunes (*op. cit.*, pp. 141 *et seq.*).



Kelsen afirmar que “um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”.<sup>277</sup>

Dessa conclusão não diverge Nuno Piçarra, mas, ao revés, filia-se a ela ao asseverar que “o poder de controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis é um poder legislativo extraordinário, que é uma participação negativa na função legislativa”<sup>278</sup>.

Piero Calamandrei, olhando para a Corte Constitucional italiana, que segue o modelo kelseniano, afirma com poucas, mas precisas palavras que ela, “tal como foi concebida por nós, não é um órgão jurisdicional, mas um órgão supralegislativo”<sup>279</sup>. Para ele

Na realidade, quando o controle sobre a constitucionalidade das leis se desenvolve como no sistema austríaco, fundamentalmente adotado na Itália, em via principal e geral, o órgão que exerce este controle não é um órgão jurisdicional; [...] por que nenhum dos sintomas que se apontam como típicos da função jurisdicional se encontram neste controle geral de constitucionalidade: [...]<sup>280</sup>

O Processualista italiano, por fim, para sacramentar a questão, aduz claramente que “[o] controle da Corte Constitucional afeta a lei em seu momento normativo, não em seu momento jurisdicional”<sup>281</sup>, isto é, ataca a lei abstratamente no ordenamento jurídico, longe dos fatos analisados em um determinado caso concreto, não deixando assim qualquer elemento que possa ser confundido com a função jurisdicional estatal.

No Brasil, como visto, há um sistema misto de controle de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal cumula duas funções estatais: órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pela prestação jurisdicional; e guardião da Constituição, responsável por conferir a compatibilidade da lei ou do ato legislativo em face da Carta Política e, em não sendo positiva a resposta, por retirar do ordenamento, como legislador negativo, o ato inquinado por inconstitucionalidade.<sup>282</sup>

---

<sup>277</sup> KELSEN, *op. cit.*, 2013, pp. 151/152. Embora não situe a corte de constitucionalidade no âmbito do Poder Legislativo, Eduardo J. Couture (*Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*. Tomo I – *Los órganos del Poder Judicial*. Montevideo: Jerónimo Sureda Editor, 1936, pp. 292 *et seq.*) aduz que “[l]a actividad legislativa de la Corte se concreta en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes”.

<sup>278</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 204/205.

<sup>279</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 3. 2ª edição. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 25.

<sup>280</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. 3, p. 75.

<sup>281</sup> CALAMANDREI, *op. cit.*, 2003, vol. 3, p. 76.

<sup>282</sup> Gilmar Ferreira Mendes (*op. cit.*, 2007, p. 21) expõe bem o sistema misto existente no Brasil ao assevera que “[a] combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas.”

Ora, diante desse acúmulo de funções em um órgão do Poder Judiciário, sendo uma delas de natureza eminentemente legislativa, não jurisdicional, como compatibilizar essa estrutura com o princípio constitucional da separação de poderes, ou melhor, qual é a releitura necessária da doutrina para que não se alegue invasão do Judiciário no âmbito de atuação exclusiva ou predominante do Legislativo?

## Capítulo III

### 3. SEPARAÇÃO DE PODERES E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIRETA

O princípio da separação de poderes, como visto, tem relação com a repartição do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, mas que devem conviver harmonicamente, de tal maneira que nenhum deles exerça a sua parcela de poder sem que possa ser freado pelos demais, exercendo funções que lhes são atribuídas exclusiva ou precipuamente, possibilitando espaço de acomodação à liberdade individual.

Pretende-se, em termos clássicos, dividir o exercício do poder político entre pessoas ou órgãos, com inter-relações entre os agentes para que, se necessário, um contenha a ação do outro, não permitindo a concentração de todas as funções em apenas um deles ou que exerça, desmedidamente, a parte do poder que lhe foi atribuída. Sem essas limitações, práticas absolutistas teriam caminho livre contra direitos individuais.

A “divisão funcional do poder”, como coloca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não foi uma invenção genial de um homem, mas, conforme também delineado no capítulo I deste trabalho, fruto essencialmente da evolução constitucional inglesa. Mais ainda, o padrão inglês foi forjado para a aplicação naquela sociedade específica, não havendo como ser copiado, *ipsis litteris*, e aplicado em outra sociedade diversa sem os reparos, quiçá profundos, em respeito às idiossincrasias da sociedade que o recebe — como ocorreu nos EUA, por exemplo.<sup>283</sup>

Não se trata, pois, de uma classificação científica, mas formada empiricamente, pelo homem, para o lugar específico que se pretende aplicar a ideia. Assim o fez Montesquieu — como bem coloca o Constitucionalista brasileiro —, ao supostamente olhar para a “Constituição inglesa” e enxergar nela o que não existia, apenas para defender, com o respaldo do “país na moda”, a instauração de um governo moderado, adotando-se a separação de poderes contra a monarquia absolutista francesa.<sup>284</sup>

Konrad Hesse, nessa senda, cuida do princípio, ou melhor, dos princípios que em cada época e lugar se formaram como “doutrinas históricas que, em uma situação histórica

---

<sup>283</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 134/135.

<sup>284</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, pp. 135/136. No mesmo sentido, Souza Júnior (2002, p. 58) aduz que “[t]odo esforço teorizador implica necessariamente um descolamento, maior ou menor, da vida concreta de onde inicia o doutrinador a sua caminhada”.

determinada, querem trazer forças políticas reais e sua atividade em uma liberdade política asseguradora de ordem”.<sup>285</sup>

Até em uma mesma sociedade, não há como falar, ao longo da histórica, em um único princípio da separação de poderes, mas em versões distintas da doutrina, em determinados casos decorrentes apenas de diversidade interpretativa do mesmo texto de sempre. Bruce Ackerman, a propósito, avaliando a separação de poderes nos EUA, aponta que, mesmo que se admita a existência atual do princípio, não há como negar que, ao longo dos dois séculos de existência, as expectativas em torno dos três poderes transformaram-se diversas vezes desde os escritos em os Federalistas.<sup>286</sup>

No Brasil, especialmente, a recepção do princípio no cenário politicoconstitucional alterou-se a cada Constituição que era posta em vigência. Deveras, em uma comparação de realidade entre qualquer das Constituições brasileiras pretéritas com a Constituição de 1988, será percebida considerável diferença em relação à distribuição das funções estatais entre os Poderes, inobstante tenham sido, sempre, três, com exceção da primeira Constituição.

Em verdade, inexistente um padrão preestabelecido a ser seguido pelos Estados, mas uma ideia, iniciada na Inglaterra, sistematizada por Montesquieu e, por assim dizer, bem implantada nos EUA, que passou a ser adotada pelas Nações ocidentais, cada qual forjando o princípio da maneira como mais bem se aperfeiçoava às respectivas sociedades.

Trazendo para a análise o controle de constitucionalidade da lei *in abstracto* desempenhado pelo Poder Judiciário, tal qual ocorre no sistema de controle brasileiro — que se viu não se tratar de exercício de função jurisdicional, mas de função legislativa —, de tudo o que foi discutido nas páginas anteriores, a estrutura não seria admitida como válida pelo modelo de separação de poderes europeu até o início do século XX, enquanto vigeu o ideário politicoliberal.

O sistema, todavia, encontra-se em plena utilização — não sem questionamentos — tanto no Brasil como em outros países que o adotam. Daí, então, exsurge a seguinte indagação: o que teria mudado no cenário politicoconstitucional brasileiro que deu ensejo à possibilidade de o Poder Judiciário atuar no campo de competência do Poder Legislativo, exercendo, no plano abstrato, o controle de constitucionalidade da lei sem que se fira de morte o princípio da separação de poderes?

---

<sup>285</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 368.

<sup>286</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Vol. 1. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1993, p. 259.

A resposta passa por entender, hoje, qual é, especialmente, o conteúdo normativo do princípio da separação de poderes e verificar, a partir dessa análise, se a atuação do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional direta, compatibiliza-se ou não com a doutrina.

### **3.1. Três das propostas existentes**

Conscientes dessas alterações conceituais ao longo do tempo e da criação de novas funções estatais em resposta às demandas sociais, especialmente a partir do advento do Estado Social, três Autores contemporâneos animaram-se a examinar, às respectivas maneiras, o princípio da separação de poderes para reposicioná-lo atualmente no plano histórico-institucional e no ambiente sociopolítico hoje vivenciado.

O estudo de cada um deles merece aqui análise pormenorizada, no sentido de auxiliar, ao final deste capítulo, a elaboração da ressignificação necessária da doutrina para que se tenha o perfeito entendimento da atuação do Poder Judiciário brasileiro no exercício da jurisdição constitucional direta.

#### **3.1.1. A hexapartição de poderes de Cezar Saldanha Souza Júnior**

Cezar Saldanha Souza Júnior, no Brasil, analisa a divisão de poderes políticos — como ele prefere denominar, ao invés de separação de poderes — sob a perspectiva histórica, acompanhando o desenvolvimento ocidental desde o final da Idade Média, fase inicial da formação estatal e da concentração do Poder, até o nível atual, em que ele observa a existência de seis poderes estatais diferentes.

Preocupa-se, o Autor, em encontrar os marcos histórico-sociais, fundamentalmente, que deram ensejo ao surgimento ou à estratificação paulatina das funções essenciais do Estado que descreve e em analisar a doutrina produzida à época que visavam a explicar e a respaldar o surgimento de novas instituições.

Conforme ele destaca, a evolução da doutrina da divisão de poderes nada mais é do que “um processo histórico de especialização crescente dos poderes políticos, que não terminará enquanto houve Estado sobre a terra, e que hoje se encontra na sexta fase, a da *hexapartição* dos poderes”.<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 13/14.

Sua análise começa na existência de um único ente estatal detentor e executor do poder político, passa pela segunda fase — bipartição de poderes —, que tem como autor de expressão John Locke, e alcança a tripartição, cuja sistematização ele atribui a Montesquieu e que tem como ponto essencial a separação da função judiciária da função executiva, que, na Inglaterra do século XVIII, era detida pelo Rei.<sup>288</sup>

Até o final do século XVIII, narra Souza Júnior, a sociedade inglesa era fundamentalmente rural e as funções executivas desempenhadas pelo Estado poderiam ser resumidas “à simples manutenção da ordem e, quando muito, a um poder de polícia predominantemente repressivo, destinado a coordenar o exercício simultâneo, na sociedade, das liberdades”<sup>289</sup>. Vigia a ideia de Estado mínimo, quase absenteísta, voltado essencialmente para assegurar o direito à vida, à liberdade e à propriedade, sem nenhuma inclinação para a promoção de direitos sociais.

Com a Revolução Industrial, na passagem para o século XIX, a sociedade inglesa torna-se mais urbana — centros urbanos são criados — e novas demandas coletivas surgem, de “natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política”. Juntamente com esses reclames sociais ou, dizendo melhor, movida pelos anseios sociais advindos dessa nova realidade social, exsurge uma nova função estatal, a “governamental moderna”, cujas “ações políticas vão ganhando alcance, mais amplo e mais fundo, sobre os interesses das pessoas, dos grupos e da sociedade.”<sup>290</sup>

Governar, nesse contexto, como aponta Souza Júnior, passa a ser a assunção de responsabilidade política, que vem acompanhada de desgastes — arrecadar mais tributos, aperfeiçoar instrumentos coativos, contrariar interesses, dentre outros —, tudo o que um Rei detentor de uma posição hereditária e vitalícia na estrutura estatal não poderia assumir<sup>291</sup>.

Do Estado mínimo até então existente, a estrutura institucional começa a crescer no sentido de prover as necessidades dessa nova massa de pessoas urbanas, que até então encontravam-se desamparadas socialmente.

O resultado disso foi a transferência do exercício dessa função de governo — quarta função estatal — para uma instituição política nova, o Gabinete ou Conselho de Ministros, que decorreu naturalmente dos antigos Conselhos da Coroa. Dividia-se, assim, por “razão prática na condução das decisões políticas que foram conformando gradualmente a evolução das

---

<sup>288</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, *passim*.

<sup>289</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 64.

<sup>290</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 64.

<sup>291</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 65.

instituições”, o poder real, como chefe de Estado, e o poder ministerial, como chefe de Governo.<sup>292</sup>

Ainda na Inglaterra, narra Souza Júnior, a expansão demográfica e urbana intensificou-se ao final do século XIX, formando, especialmente, uma extensa camada pobre sedenta por mais e mais serviços sociais, cujas reivindicações, via movimentos sociais, ensejaram, como já visto em páginas anteriores, a passagem do Estado Liberal para o Social.

A sofisticação das demandas coletivas levou, como aponta o Autor, à “racionalização do poder” estatal, à elaboração, pela vez primeira na história, de estudos científicos sociológicos, jurídicos e políticos necessários ao alcance de soluções práticas aos novos problemas e à reconstrução da ordem estatal.

A estrutura institucional daí decorrente, entretanto, não poderia ser confundida nem com a chefia de Estado, nem com a chefia de Governo, mas afastada delas, haveria que ser marcada pela imparcialidade, consubstanciada em uma instância neutra que guardasse autonomia frente a possíveis influências ideológicas dos dois outros. Criava-se, assim, o Poder Administrativo como o quinto poder estatal.<sup>293</sup>

Nessa mesma toada da passagem de liberal para social, a estrutura do Estado, no início do século XX, sofreu nova alteração com a concepção austríaco-kelseniana do Tribunal Constitucional, que Souza Júnior indica ser o sexto dos poderes estatais, para que se garantisse a supremacia da (nova) Constituição, que vai além da regulação da vida política e passa a ser a base de sustentação de todo ordenamento jurídico, paradigma de validade das normas infraconstitucionais e de qualquer ação governamental. Vale ler o que o Autor escreveu a respeito da nova instituição:

O Tribunal Constitucional foi a instituição inventada no século XX para justamente atender os desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar. Com a evolução do segundo pós-guerra, no sentido de uma Constituição de valores mínimos, esse Tribunal triunfa definitivamente. É a marca registrada do tipo de Estado Social que se estabeleceu na Europa Ocidental nos últimos cinquenta anos. O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sócio-político.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 69 *et seq.*

<sup>293</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 85 *et seq.* Para o Autor, “o *ens* (ser) da função administrativa se perfeioa em uma forma própria, dotada dos seguintes traços definidores de sua essência: permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade. Foi para atender à forma (à natureza própria) da função administrativa — premente no Estado (Social) de Direito ideologicamente pluralista —, que o constitucionalismo do século XX elevou a Administração Pública a poder político, com seu campo próprio de autonomia e independência, para melhor realização do interesse público”.

<sup>294</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 109/110.

Estar-se-ia, portanto, diante de uma hexapartição de poderes, para que se acomodem as seis funções estatais específicas, de maneira que o Tribunal Constitucional, como aponta Souza Júnior, seria também um “órgão constitucional em sentido estrito”, ao lado da chefia de Estado, o Governo, a Administração, o Parlamento e o Judiciário, cumpridor da “função de guardar a Constituição e a ordem democrática nela instituída — função de última instância, enquadrável na órbita da chefia de Estado”.<sup>295</sup>

Sobre essa nova função e a instituição que a exerce, embora reconheça que a “conformação geral da divisão dos poderes deixa um espaço bastante amplo à microdefinição, em cada realidade política nacional, das competências específicas de cada poder político”, Souza Júnior aponta que “a nova função de Tribunal Constitucional não pode ser atribuída a nenhum dos outros cinco poderes”, nem mesmo ao Poder Judiciário, dada a “politização ruínosa” que ocorreria, que o colocaria em conflito com o Parlamento e com o Governo”.<sup>296</sup>

Nesse ponto, há uma crítica ao trabalho de Souza Júnior que merece ser desde logo colocada, por tudo que já foi visto ao longo deste trabalho: não está clara na sua obra a natureza jurídica da função desempenhada pelo Tribunal Constitucional, uma vez que ora ele afirmar ser jurisdicional, ora aduz ser legislativa. Do que se depreende, pode se inferir que a tendência do Autor é por caracterizá-la como exercício de jurisdição. Se assim realmente o for, a crítica intensifica-se pelo fato de que, como visto, não contribui para a correta caracterização do poder, menos ainda para estabelecer um correto entendimento acerca da engenharia constitucional existente.

Em verdade, a inexistência de clareza entre jurisdição ordinária — que envolve, também, a jurisdição constitucional incidental — e jurisdição constitucional direta é, quiçá, a base de toda confusão conceitual que envolve a testilha acerca da separação de poderes e o exercício judicial do controle de constitucionalidade da norma *in abstracto*.

Dito de outra forma, o suposto conflito entre Judiciário, de um lado, e Governo e Legislativo, do outro, ocorreu, muito, pela imprecisão conceitual ou da análise correta das respectivas naturezas jurídicas das funções exercidas.

Indo adiante, Souza Júnior apresenta o seu sistema de governo ideal e defende a implantação do que denomina “governamentalismo com tribunal constitucional” — em que se teria a chefia de Estado atribuída ao colegiado ou ao presidente do Tribunal, deixando o Governo apenas com a função governamental. O Autor, nesse contexto, rechaça a possibilidade

---

<sup>295</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 117 e 122/123.

<sup>296</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 124/125.



de implantação de um guardião da constituição, no modelo kelseniano, em um modelo “executivista”, em que no Poder Executivo sejam cumuladas as funções de Estado, de Governo e de Administração, uma vez que existiria claras divergências e conflitos em torno da representação estatal.<sup>297</sup>

A propósito da estruturação estatal que entende ser a mais adequada, Souza Júnior parte das lições de Bigne de Villeneuve, enfatizando que “definir e classificar as funções políticas supõe o estudo aprofundado dos fins da atividade política”, e apresenta a pertinência da estruturação das seis funções em três níveis:

[...] as funções vinculadas aos fins últimos do Estado (a de chefe de Estado e a de guarda da Constituição), as funções vinculadas aos fins próximos do Estado (a de administração e a judiciária) e as funções vinculadas aos fins intermediários do Estado (a de deliberação política e a de governo), totalizando seis funções.<sup>298</sup>

Especificamente sobre o pressuposto de que são necessários profundos estudos dos fins da atividade política para se chegar à divisão e classificação das funções políticas, o Autor afirma que:

O sistema de poderes não está entre os assuntos de mera opinião, que se possam ou devem transferir ao eleitorado pela via do plebiscito. Envolve, pelo contrário, assuntos altamente técnicos, estudados pela ciência do Estado, e ordenados (como os meios estão aos fins) a uma decisão — essa sim, altamente política — sobre o regime de governo e a forma das relações entre Estado e Economia, dentro da qual a Sociedade pretende viver.<sup>299</sup>

Souza Júnior, por tudo isso, critica a Constituição brasileira de 1988, afirmando que faltou ao constituinte “uma visão realista do direito, a compreensão do significado e do papel das instituições políticas”, especialmente pelo fato de que “manteve intocado o agenciamento clássico de poderes que vem de 1748, como se nada tivesse ocorrido de lá para cá”, perdendo a oportunidade de criar “instituições adequadas”, “sintonizadas com a evolução do direito ocidental”. Especialmente no que respeita à mistura, no âmbito do Poder Judiciário, da função jurisdicional e da função de Tribunal Constitucional — essa exercida concentradamente pelo

---

<sup>297</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 126/128. Segundo Souza Júnior, “o Tribunal Constitucional é, essencialmente, um poder político distinto dos demais poderes. Sua adoção, numa ordem constitucional, implicaria *ipso facto* o fim do executivismo, com a tripartição sendo substituída, pelo menos, por uma tetrapartição de poderes, caracterizando novo sistema de governo”.

<sup>298</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 132/133.

<sup>299</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 135.

Supremo Tribunal Federal —, o Autor expõe a “confusão generalizada” que influenciam negativamente o exercício de uma e outra função.<sup>300</sup>

A crítica do Autor, como visto, não tem como ser acolhida totalmente.

É clara a sua preferência por um modelo que tenha maior criatividade institucional — com maior número de instituições exercendo os poderes estatais, especialmente —, o que colocaria o Brasil, no contexto de seu pensamento, na vanguarda da adequada estruturação do Estado.

Das suas premissas, todavia, não decorre necessariamente a conclusão que alcançou.

O principal vício do trabalho desenvolvido por Souza Júnior talvez tenha sido enxergar apenas os elementos históricos e institucionais da separação de poderes e não dar muita importância aos elementos normativos do princípio. Qualquer análise, por assim dizer, que parta da visão normativa da doutrina não diria que a Constituição brasileira “manteve intocado o agenciamento clássico de poderes que vem de 1748”. De fato, como defendido por Montesquieu, o Estado brasileiro divide-se formalmente em três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. Materialmente, há poucas, quase nenhuma, coincidência entre os modelos, como será visto adiante.

### **3.1.2. Nuno Piçarra e a organização ótima das funções estatais**

A Autor português elaborou monografia que traz profunda análise de elementos históricos, sociais, políticos e institucionais acerca do princípio de separação de poderes, substratos acadêmicos muito utilizados neste trabalho para a estruturação da doutrina liberal, objeto especial do capítulo I.

Contemporaneamente, Piçarra analisa o princípio da separação de poderes em duas perspectivas: na relação do Estado mantida com os partidos políticos e com os grupos de interesse, trazendo a doutrina à regência para o alcance de um equilíbrio institucional que não priorize apenas os interesses particulares defendidos por esses atores<sup>301</sup>; e, no plano orgânico-funcional, como princípio de moderação, de racionalização e de limitação do poder estatal em proteção da liberdade, não amarrado a dogmas ou a fixas estruturas, mas construído para cada sociedade de modo a proporcionar uma estrutura orgânica funcionalmente justa<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 137 e 140.

<sup>301</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 229 *et seq.*

<sup>302</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 247 *et seq.*

Sendo interessante a este trabalho a análise contemporânea do princípio em sua perspectiva orgânico-funcional, destaca-se, ainda aqui, a advertência feita por Piçarra no sentido de que a clássica separação tripartite de poderes não surgiu com pretensões de exaurir as funções estatais, mas, na realidade de sua época, de prescrever a estruturação e os limites de atuação de cada órgão — ou cada poder estatal — de sorte a garantir a liberdade e a segurança individual. Desde então, adverte o Autor, “converteu-se num dogma, numa categoria com valor apriorístico”, em que todo ato advindo do legislativo, independentemente da sua real natureza jurídica, era tido como legislativo; do executivo, como ato executivo; do judiciário, ato jurisdicional.<sup>303</sup>

Piçarra atribui a Kelsen, e à sua Teoria Pura do Direito, a quebra do contraste formalmente estanque colocado entre as funções estatais, relativizando-as a partir da ideia de que “as funções do Estado se reduzem necessariamente à criação e à aplicação do Direito”, deixando de fora a suposta “autonomia de uma função administrativa identificada pelo fim ou objetivo que prossegue”<sup>304</sup>.

A doutrina kelseniana, de fato, quebra a divisão formal e estanque das funções estatais existente no ideário liberal, em que cada uma das instituições apoderadas as exerce com exclusividade, na medida em que afirma existirem, em verdade, apenas duas funções estatais, a de criação e a de aplicação do Direito. Esse, para Piçarra, seria a primeira quebra do paradigma.

Outro elemento de choque contra o dogma que se criou ao redor da tripartite separação de poderes diz respeito à ideia — desenvolvida ao longo do século XIX — de exercício estatal de uma função política até então entendida como não redutível ao Direito, isto é, não apreensível normativamente. Piçarra bem afirmar que, primeiramente, a função política era entendida como uma “função de superior direcção do Estado, fora (ou acima) do âmbito próprio das três funções jurídico-estaduais, [que] deveria ser atribuída ao órgão superior”. Criava-se, uma vez mais, embaraços à principiologia da separação de poderes, dada a quebra da sua estrutura clássica dividida em três.<sup>305</sup>

Mais um outro aspecto de contestação trazido por Piçarra: os conceitos evoluíram, especialmente o de Constituição e o de lei. No contexto do Estado Social, vigente a ideia de supremacia da Constituição, a função política desempenhada pelo Estado não está fora da normatização constitucional e a lei, que antes era apenas uma regra de direito, com conceito

---

<sup>303</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 247/248.

<sup>304</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 249.

<sup>305</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 250/251.

puramente jurídico, ganha contornos mais abrangentes, como precisamente apontado no excerto seguinte:

A lei deixa, no Estado de Direito contemporâneo, de ser apenas regra de Direito para passar a instrumento político por excelência. Esta evolução do conceito de lei, de conceito essencialmente jurídico para conceito também essencialmente político traduz, com particular acuidade, as relações entre o jurídico e o político em tal Estado, totalmente diversas das relações entre ambos no modelo normativo do Estado de Direito liberal. É que, enquanto este procurou reduzir o político ao jurídico, assiste-se actualmente a uma instrumentalização do jurídico pelo político.<sup>306</sup>

Nesse diapasão, o que era sempre abstrato e genérico, distanciado do caso concreto, passa a adotar também uma natureza prospectiva, seguidor da ideia de justiça e fixador de critérios normativos gerais para se achar a solução de determinados casos específicos. O produto essencial dos órgãos legislativos, então, não é mais apenas a “lei de justiça”, calçada na generalidade, na abstração, na perenidade e no longo prazo, mas também a “lei-medida”, caracterizada pela transitoriedade e pelo curto prazo de alcance. Segundo Piçarra, a “lei-medida” “mais não seria do que o exercício da função administrativa pelos órgãos legislativos, no pressuposto de que é possível estabelecer uma diferenciação material absoluta entre as duas funções” segundo do cânones da clássica separação de poderes.<sup>307</sup> Mas, para o Autor português,

[...] se o legislador democraticamente legitimado deste Estado, não quiser deixar à administração ou aos tribunais a tomada de medidas de fundamental alcance sócio-político ou de amplas repercussões a este nível, não se pode limitar à edição de normas gerais e abstractas. Deve também recorrer a “medidas” ou “providências”, quando não estiver em posição de tomar de outra forma decisões fundamentais, para que está vocacionado devido à sua directa legitimidade democrática, no quadro da constituição deste Estado.<sup>308</sup>

Essa participação efetiva do Legislativo, por meio de “lei-medida”, no âmbito de atuação política — mais concreto do que abstrato —, expõe a flexibilização da separação de poderes, possibilitando que o Poder Legislativo implemente ato governamental que, ortodoxamente, seria atribuído ao Poder Executivo, sem que se alegue invasão de esfera funcional ou, simplesmente, infração ao princípio da separação de poderes.

Outro confronto trabalhado por Piçarra diz respeito ao controle exercido pela “função jurisdicional” sobre a legalidade dos atos administrativos e sobre a constitucionalidade

---

<sup>306</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 254.

<sup>307</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 255.

<sup>308</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 256.

das leis, que elevou o Poder Judiciário, independente, no século XX, ao equilíbrio de forças com os demais poderes.

Em verdade, Piçarra destaca que “os controlos de natureza jurídica efectuados por um poder judicial independente, tendem a superar em importância, para efeitos da moderação e limitação do poder estatal, os controlos de natureza política entre os órgãos de natureza constitucionais”, transformando-os — os de natureza jurídica —, assim, em “núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”. Nessa senda, o Autor afirma que a função jurisdicional tem sido interpretada como um “contrapoder da função legislativa” no desempenho da função política estatal.<sup>309</sup>

Piçarra aponta que esse controle funcional somente é possível em decorrência das características divergentes que ambos os poderes mantêm, que os contrapõem ou criam, entre eles, tensões, não de matiz politicosociais ou de interesses diversos, mas do exercício de funções distintas material e teleologicamente. O Autor explica-se melhor, justificando, em síntese, a função “jurisdicional” como um “contrapoder” do legislativo:

Porque a natureza da lei é política mas também jurídica, porque a sua componente política pode sobrepor-se à sua componente jurídica e pode postergar os valores jurídico-constitucionais fundamentais, ela convoca *ipso facto* no Estado de Direito — um freio e um contrapeso, ou seja, um poder destinado a garantir na lei esses valores.<sup>310</sup>

Não haveria poder mais adequado e idôneo para fazê-lo do que o Judiciário, afirma Piçarra, pela natureza exclusivamente jurídica da atuação jurisdicional, sem nenhuma pretensão de atuar no âmbito da política conjuntural<sup>311</sup>. Inobstante tenha esse entendimento, ele não deixa de reconhecer que o controle de constitucionalidade das leis gera delicado problema em relação à separação de poderes existente entre Legislativo e Judiciário. Tal confronto decorre do fato de que, no constitucionalismo contemporâneo, a validade da lei não está apenas centrada em si própria, mas na sua compatibilidade com o necessário anteparo constitucional, cuja verificação não é exercida por um órgão do Poder Legislativo e, sim, do Judiciário.<sup>312</sup>

Ao explicar toda essa inter-relação e possíveis interferências de um poder sobre o outro, Piçarra destaca que, afastada a intangibilidade clássica dos poderes estatais, na atualidade, o entendimento é o de que o princípio da separação de poderes invoca uma

---

<sup>309</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 259.

<sup>310</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 260.

<sup>311</sup> Aqui reside as principais críticas que podem ser feitas ao trabalho de Piçarra: primeiro, ao não distinguir a função jurisdicional da função exercida no controle de constitucionalidade da lei *in abstracto*; depois, por não perceber que o Judiciário, quando no condução de um processo objetivo, atua politicamente interferindo no ambiente conjuntural do Estado.

<sup>312</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 260/261.

“organização óptima das funções estatais”, buscando-se, para tanto, “os conceitos de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão”. O Professor português expõe que, em virtude desses “critérios de adequação estrutural e processual”, deferiu-se, por exemplo, aos “órgãos jurisdicionais e não [a] órgãos políticos o controlo de legalidade da administração e o controlo da constitucionalidade da legislação”.<sup>313</sup>

Para o Autor, essa nova interpretação do princípio da separação de poderes contribui para a determinação do seu valor normativo<sup>314</sup>, deixando para trás a clássica tripartição funcional elevada a “valor categorial ou *a priori*”, abatendo as fronteiras rígidas antes existentes entre as funções estatais para tornar fluidos e relativos os critérios de caracterização material e de distinção entre elas. O princípio, na visão contemporânea expressada por Piçarra, “tende hoje a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concretas”.<sup>315</sup>

### 3.1.3. A nova separação de poderes de Bruce Ackerman

Bruce Ackerman é norte-americano e um crítico ferrenho do sistema de divisão de poderes dos EUA, estruturado sobre um modelo presidencialista, cujos atores, segundo ele, embora aglomerados nos três clássicos poderes, são “Câmara, Senado, Presidência, Corte e agências independentes”. Para ele, em um presidencialismo, a separação entre Presidência, Câmara e Senado “não só gera inúmeras patologias legislativas, mas também interrompe a coerência da administração pública técnica”.<sup>316</sup>

Essa separação de poderes, segundo ele, proporciona ou crises desnecessárias de governabilidade — quando o Presidente é de um partido e o Legislativo é comandado por uma maioria oposicionista — ou o exercício da autoridade plena — quando o chefe do Poder Executivo e a maioria das duas Casas Legislativas são do mesmo partido<sup>317</sup>—, apontando que ambos os cenários desagradam ao interesse comum, uma vez que trazem o privilégio à “imagem

---

<sup>313</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, pp. 262/263.

<sup>314</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 262.

<sup>315</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, p. 264.

<sup>316</sup> ACKERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. 2ª Tiragem. Traduzido por Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 114.

<sup>317</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, pp. 12 *et seq.* O porquê da prejudicialidade da separação de poderes na crise de governabilidade é facilmente perceptível e não demanda maiores perquirições. Quanto à divisão clássica de poderes no modo de autoridade plena, Ackerman (*op. cit.*, 2009, p. 107) torna-se maléfico porque “os vencedores tendem a arremeter para frente em velocidade máxima e podem, assim, violar direitos fundamentais ao se apressarem para entrincheirar o seu programa antes da eleição seguinte.”

em detrimento da substância”, seja para reforçá-la, seja para consolidá-la, e ao “legalismo de longo prazo em detrimento da eficácia de médio alcance”<sup>318</sup>.

Na construção do que entende ser o modelo ideal, aponta que a fórmula de sua nova separação de poderes possui três ingredientes essenciais: legitimidade democrática — “trazendo o povo novamente para dentro”, respeitando a soberania popular por meio da realização de referendos e implantando um sistema representativo —; competência ou especialização funcional — “[a]s leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial —; e respeito e ampliação dos direitos fundamentais, sem os quais flerta-se muito proximamente com a tirania<sup>319</sup>.

A estruturação que mais respeita a democracia, para Ackerman, é o parlamentarismo limitado, cuja produção legislativa concentra-se na Casa dos Comuns e, a partir dela, forma-se o Gabinete para o governo da União, nos moldes do que existente na Alemanha e, especialmente, na Espanha, dada a previsão no ordenamento jurídico espanhol de participação direta popular pela via do referendo, espaço de legitimação inexistente em terras germânicas desde o fim do governo nazista<sup>320</sup>.

Não há que se deferir, todavia, todo o Poder Legislativo à Casa dos Comuns e ao Gabinete. Devem ser impostos limites pela atuação de uma corte de constitucionalidade — para que se “torne os princípios ordenados pelas pessoas em realidades operacionais”<sup>321</sup> — e de uma segunda casa legislativa, como um Senado, sem poderes para interferir no Gabinete, mas com algumas atribuições que venham a limitar a atuação legiferante da Casa dos Comuns.<sup>322</sup>

O segundo aspecto diz respeito, como visto, à especialização funcional, e Ackerman traz “sugestões para uma teoria da separação de poderes que possa contribuir para a concretização da promessa de um judiciário técnico e oferta de serviços públicos típicas de um estado justo e eficiente.”<sup>323</sup>

---

<sup>318</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 37.

<sup>319</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, *passim*.

<sup>320</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, pp. 43/44.

<sup>321</sup> Em complemento, Ackerman (*op. cit.*, 2009, p. 41) aponta que “[s]em a instituição da *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente. Este resultado somente gerará o cinismo sobre a possibilidade de as pessoas poderem dar ordens aos seus representantes governamentais e esperar que estes representantes lhes obedçam. Só uma corte constitucional forte pode servir a esta função.”

<sup>322</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, pp. 43 *et seq.* Ackerman (*op. cit.*, 2009, p. 113) sumariza assim a estrutura que pensou: “[a] peça central do meu modelo de parlamentarismo limitado é uma câmara democraticamente eleita responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação de poderes.”

<sup>323</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 65.

O Autor parte do conceito de que o político democrático, mesmo os bons e habilidosos, “está extremamente interessado em vencer a eleição seguinte” e, para tanto, tentará “curvar a lei em favor daqueles que compõem a sua base de apoio”. Mais ainda, além do fato de que, sem “tempo para examinar os fatos relevantes”, ao invés de “enfrentar o mérito das questões”, o político prefere, com frequência, “valorizar apenas a faceta mais palatável ao grande público”.<sup>324</sup>

Em decorrência disso, Ackerman invoca o clássico pressuposto da separação de poderes para afirmar que o “poder de fazer as leis deve ser exercido por uma instância distinta daquela que detenha o poder de implementá-la”. Isto é, para ele, o Parlamento deve estar afastado, efetivamente, das instâncias da burocracia e do judiciário, por duas razões, pelo menos:

Quanto mais eles [políticos diretamente eleitos] intervêm na implementação das leis, menos imparcial e mais alheia à realidade se tornará essa implementação. Pior ainda, quanto mais tempo os políticos gastarem com a política burocrática, menos se dedicarão à função legislativa. Não se pode esquecer que somente os políticos podem exercer legitimamente o papel de legisladores ao decodificar os valores básicos de uma sociedade.<sup>325</sup>

É exatamente por isso que, para bem estruturar a nova separação de poderes, deve-se começar a análise “por distinguir as áreas vastas da tomada de decisão concreta daquelas outras questões que impreterivelmente demandam atenção dos políticos democráticos”. Para conduzir essas áreas da tomada de decisão concreta, há que se ter recursos culturais e humanos, especialistas bem treinados ou burocratas profissionais, aliados a muita criatividade institucional, superando a clássica e formal separação funcional de poderes.<sup>326</sup>

Nesse diapasão, Ackerman prevê a necessidade de criação de uma “instância da integridade”, que deveria funcionar com independência e autonomia, especialmente orçamentária e financeira, que “deve ser provida de poderes e encorajada a continuamente fiscalizar” os demais entes estatais, e uma “instância regulatória”, que valorize a especialização funcional, o conhecimento científico e a experiência profissional no exercício da função regulamentar do Estado<sup>327</sup>.

A teoria de Ackerman reforça a ideia de que devem existir meios para se preservar a imparcialidade do juiz para que aja sempre em conformidade com a técnica apurada que detém

---

<sup>324</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 66.

<sup>325</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 66.

<sup>326</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 67.

<sup>327</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, pp. 72/76.



e em consonância com a sua consciência haurida dos parâmetros constitucionais e legais impostos pelo ordenamento, sempre afastado da questão atinente a questões politicopartidárias.

Na estrutura ackermaniana baseada na especialização funcional, mesmo que o Parlamento e o Gabinete só trabalhem visando às próximas eleições, os burocratas profissionais, responsáveis pela implementação das leis, terão um horizonte de tempo mais longo, uma vez que, cientes de que nas próximas eleições poderão assumir o comando o grupo opositor, nenhum deles se comprometerá arduamente com os ideais governistas de então receosos das represálias que possam advir futuramente.<sup>328</sup> Se, mesmo assim, os burocratas avançarem para além das atribuições que lhes defere a lei, haverá “sempre a esperança de que os desvios da administração sejam coibidos por um poder judiciário independente”.<sup>329</sup>

Afora essa participação técnica do Poder Judiciário, Ackerman prevê a ele o papel essencial (por assim dizer) — e aqui já se inicia a análise do terceiro ingrediente da fórmula da sua nova separação de poderes — de proteção aos direitos fundamentais como “limites derradeiros à autoridade legiferante de políticos democraticamente eleitos”. Em um modelo parlamentarista limitado, exatamente pelo fato de que devem haver limitações ao exercício legislativo, estaria autorizada “uma corte constitucional a funcionar como um guardião de primeira linha dos direitos fundamentais pelo exercício do *judicial review*.”<sup>330</sup>

Dados esses três elementos essenciais à estruturação dos poderes estatais, que pouco têm consonância com os pressupostos da clássica teoria, Ackerman admite que a separação de poderes é uma boa ideia, mas adverte que não há nenhuma razão para supor que Montesquieu e Madison tenham esgotado a sua excelência. Ao revés, se bem examinada essencialmente, há, sim, motivo para perceber que a tradição formatada nos EUA deve ser posta em dúvida, sugerindo que, lá, não se está “separando o poder pelas razões certas”<sup>331</sup>.

Para ele, em epítome, a nova separação de poderes há que enfrentar esses três grandes desafios, que ele sumariza como sendo o de “tornar o ideal da soberania popular uma realidade possível no governo moderno, remir o ideal de perícia burocrática e integridade em uma base contínua e tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a todo e cada cidadão.”<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 77.

<sup>329</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 95.

<sup>330</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, pp. 99 e 107/108.

<sup>331</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 114.

<sup>332</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 116.

### 3.2. A resignificação necessária

Aos que se dedicaram ao estudo acerca do princípio da separação de poderes, ou àqueles que ao menos o analisaram com algum rigor metodológico, torna-se claro que não se trata de um elemento exato descoberto pelo homem ou de um conceito metajurídico. Muito pelo contrário, são merecedores de crítica severas aqueles que voltam a Montesquieu e, como se se tratasse de uma categoria com valor apriorístico, invocam o princípio da separação de poderes para tentar impor barreiras rígidas e intransponíveis entres os poderes estatais no que tange ao exercício de suas funções ou até mesmo para defender a redução das funções estatais a apenas três, forçando para que tudo caiba nos parâmetros clássicos, independentemente de deturpações conceituais perpetradas.

A verdade é que inexistente um padrão preestabelecido, mas uma ideia — boa, como admite Bruce Ackerman — que oferece elementos variados, que não precisam necessariamente sempre estar conformados — podem, perfeitamente, alguns serem utilizados, outros não, em consonância com as necessidades apresentadas —, que é customizada, portanto, de acordo com cada ambiente de aplicação.

Na ausência dessa estrutura forte e precisamente estabelecida, nos termos da doutrina que se viu formar historicamente, qual é o sentido de se falar, hoje, em um princípio da separação de poderes?

Sobre o ponto ora discutido, Fábio Lima Quintas já escreveu, com muita precisão, que

Não é possível extrair da doutrina da separação de Poderes um sentido normativo forte, que traga uma resposta peremptória sobre a forma adequada de realizar a divisão das funções do Estado, entre Legislativo, Executivo e Judiciário, seja numa divisão estanque e absoluta, seja com freios e contrapesos. Mas não é prudente contentar-se apenas com uma descrição dos sistemas políticos, sem que haja um parâmetro de avaliação dos resultados produzidos por eles, sob pena de perder-se a capacidade crítica a respeito de sua qualidade à luz dos valores constitucionais (como governo limitado, promoção da democracia, proteção de direitos *etc.*).<sup>333</sup>

Embora reconheça a ausência de sentido normativo forte à separação de poderes, Quintas rechaça, também, a total inexistência de enquadramento das funções a determinadas balizas e traz à análise um “sentido normativo mais brando para a separação de Poderes, que lhe permita ser um parâmetro de avaliação dos resultados produzidos pelos sistemas políticos,

---

<sup>333</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 85.

dentro da estrutura constitucional vigente”, que, também, imponha “um equilíbrio e uma limitação no exercício do poder político por meio de certa divisão de funções estatais, atribuídas a diferentes órgãos e pessoas, a fim de promover um controle do poder e um governo eficaz, porém limitado”<sup>334</sup>.

Dito em outras palavras, se é certo que inexistente uma moldura preestabelecida em relação ao princípio de separação de poderes, certo também o é que, em um sentido normativo mais brando, devem haver elementos parametrizadores bem definidos para que se afira a adequação da estrutura de divisão de funções estatais adotada. Além disso, as balizas estruturais postas devem servir para que se estabeleça um equilíbrio de forças e a harmonia necessária a impor obstáculos ao exercício desmedido da parcela de poder detida por cada um dos exercentes.

Bruce Ackerman, na linha do que trabalhado por Quintas, assevera, em suma, que “[s]em orientação normativa específica, o debate sobre a separação dos poderes degenera para uma engenharia constitucional simplória”<sup>335</sup>. Muito a propósito, é exatamente no campo dessa simplicidade estrutural que se situam as críticas daqueles que invocam a rigidez principiológica da separação de poderes contra qualquer avanço institucional promovido pelo Estado, expressando, sempre, a invasão de um na esfera de poder exercido pelo outro.

Ainda nesse contexto, alegadas confusões existentes entre Poder Judiciário, de um lado, e Executivo e Legislativo, do outro — mais em relação esse do que àquele —, derivam notadamente da simplicidade da análise da teoria da divisão de poderes e, também, da percepção da natureza jurídica das funções estatais hoje exercidas.

Pois bem, colocada já essa premissa, que afasta a existência de um forte sentido normativo ao princípio da separação de poderes, mas que também não o deixa sem balizas necessárias à “avaliação dos resultados produzidos pelos sistemas políticos”, como poderia ser a releitura dos artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição brasileira, para que seja compatível o exercício do controle de constitucionalidade da norma *in abstracto* — função legislativa — pelo Poder Judiciário, que exerce precipuamente a função jurisdicional?

Antes de examinar os preceitos constitucionais, é necessário registrar que o processo de ressignificação do princípio da separação de poderes não revoga um dos elementos clássicos da doutrina que é a necessidade de que um poder contenha o outro poder no cumprimento de seus misteres constitucionais e na forma como na Carta estabelecidos.

---

<sup>334</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 86.

<sup>335</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 6.

De fato, erraria quem pretendesse que, no ponto, fosse afastada a clássica doutrina. Seja qual for a estruturação policrática adotada, é elemento essencial, ainda hoje, que um poder possa interferir no mister estatal do outro para dizer a ele que o seu ato é ilegítimo e, como tal, não deve ser considerado válido.

A respeito dessa questão, Quintas aponta que, já no contexto da nova conformação principiológica, “[a] separação de Poderes é [...] um poderoso dispositivo para assegurar que os compromissos constitucionais assumidos tenham perspectiva real de cumprimento e para garantir a estabilidade no exercício controlado do poder político”<sup>336</sup>.

Voltando à interpretação dos dispositivos constitucionais indicados recentemente, o primeiro passo é o mais elementar de todos, *i. e.*, é interpretar o texto literalmente para que se obtenha o grau de abrangência da imutabilidade constitucional do princípio.

Estatui-se, no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição brasileira, que “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] a separação de Poderes”. Do que vem escrito no texto constitucional, pode se afirmar, precisamente, que a separação de poderes é cláusula pétrea, não a separação de poderes prescrita no art. 2º da Carta, em Legislativo, Executivo e Judiciário.

Dito de outra maneira, acaso o Constituinte derivado pretenda deliberar a divisão dos poderes em seis esferas funcionais e institucionais, como propõe Cezar Saldanha Souza Júnior, não haveria nenhum óbice jurídico-constitucional para que assim procedesse, sob o ponto de vista formal, na medida em que a imutabilidade constitucional não abrange o número de poderes ou os poderes previstos, mas tão somente a necessidade de que se exerça, divididamente, as funções estatais. O que não poderia ser feito, derivadamente, portanto, é a eliminação da separação de poderes para concentrar nas mãos de apenas uma pessoa ou órgão todas as funções estatais.

Há, também, um segundo passo interpretativo, com foco em análise substancial do princípio positivado no art. 2º constitucional, que é abrangido pela cláusula pétrea: embora se proteja a existência da divisão de poderes, não é qualquer divisão de poderes — pelo só fato de existir separação — que se afigura compatível com Constituição brasileira.

Como visto, ainda que brando, há, na doutrina da separação de poderes, um sentido normativo balizador que exige adequada estrutura de divisão de funções estatais, que traga um equilíbrio de forças e a harmonia necessária a impedir que a parcela de poder detida seja exercida com excessos.

---

<sup>336</sup> QUINTAS, *op. cit.*, 2013, p. 88.

Nesse aspecto, é pertinente a preocupação normativa atrelada à separação de poderes exposta por Nuno Piçarra, notadamente no que tange à busca, sob a autoridade do princípio, de uma organização ótima das funções estatais, construindo-se, a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concretas, a estrutura orgânica funcionalmente adequada, legítima e responsável pelas decisões que serão adotadas.<sup>337</sup>

Souza Júnior segue a mesma linha de Piçarra ao escrever que a “[c]ada nova etapa da especialização [social], que a história da divisão dos poderes vai produzindo, rearranja o quadro inteiro dos órgãos constitucionais em sentido estrito.”<sup>338</sup> Nessa perspectiva, para o Constitucionalista brasileiro, a escolha de um ou de outro sistema de estruturação de poder envolve assunto altamente técnico da teoria geral do Estado, que deve ser precedida da devida análise a respeito do regime de governo e a forma de relações entre Estado e economia que a sociedade pretende adotar.<sup>339</sup>

Trata-se, por assim dizer, de uma decisão de conveniência sociopolítica, ou melhor, de adequação politicoinstitucional alcançada somente após a realização de estudo profundo acerca dos fins da atividade política, visando à busca da organização ótima das funções estatais.

Para bem analisar, assim, os fins da atividade política e buscar a organização ótima, os três elementos descritos por Piçarra afiguram-se pertinentes: estrutura orgânica funcionalmente adequada; estrutura legítima para a tomada de decisão a respeito dos temas funcionais; e estrutura responsável por seus atos que serão implementados no exercício do naco de poder.

Trazendo a análise à realidade brasileira formada pela Constituição atual, é necessário destacar que a questão atinente ao exercício da função de controle de constitucionalidade da norma *in abstracto*, especialmente sobre qual o órgão estatal que o faria, foi discutida especificamente nos trabalhos e análises prévias à promulgação da Carta Política de 1988.

De fato, José Afonso da Silva, na oportunidade Constituinte, propôs a criação de um tribunal constitucional, nos moldes kelsenianos, para que, separado do Poder Judiciário, procedesse à aferição, em processos objetivos, da compatibilidade da norma em face da Constituição. Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas narram que, todavia, houve o

---

<sup>337</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>338</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 123.

<sup>339</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 132/135.

rechaçamento da ideia por demandas e pressões dos ministros do Supremo Tribunal Federal de então.<sup>340</sup>

Seguiram-se os debates, assim, e, por conveniência sociopolítica, que aqui não será discutida se pertinentes ou não, o Constituinte originário decidiu por atribuir ao Poder Judiciário, ou melhor, ao órgão de cúpula do Poder — ao Supremo Tribunal Federal — a competência por aferir e declarar, no âmbito federal e no plano da abstração, a constitucionalidade ou não das leis<sup>341</sup>.

Por esse prisma, não há como enxergar, no exercício da jurisdição constitucional direta pelo Supremo Tribunal Federal, violação ao princípio da separação de poderes, no que respeita à estrutura orgânica funcionalmente adequada, mesmo que se trate de uma função de cunho legislativo.

Pelo contrário, como aponta Mauro Cappelletti, inadequada é a adoção do sistema de jurisdição constitucional incidental por um Estado cuja matriz jurídica decorre do *civil law*. Para o Autor italiano, a inexistência do princípio do *stare decisis* na tradição romano-germânica — doutrina própria do *common law* —, torna o exercício do controle concreto de constitucionalidade em um verdadeiro e perigoso “contraste de tendências” e “incerteza do direito”, uma vez que, até mesmo juízes de um mesmo tribunal, poderiam julgar hoje uma lei inconstitucional e, amanhã, alterar o seu posicionamento para entendê-la constitucional, sem qualquer compromisso com o precedente antes formatado.<sup>342</sup>

Mais ainda, Cappelletti aponta outros

[...] inconvenientes do método “difuso” de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.<sup>343</sup>

As palavras de Cappelletti trazem luzes sobre o que vem ocorrendo, como visto anteriormente, no sistema de jurisdição constitucional incidental brasileiro: inexistente a tradição de respeito aos precedentes judiciais, caminha-se a passos largos para o que se

---

<sup>340</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. Lua Nova, N. 88, 2013, p. 147.

<sup>341</sup> É notório que, no rearranjo institucional do Poder Judiciário, a Constituinte retirou uma parcela da função jurisdicional que era exercida pelo Supremo Tribunal Federal — o controle da legalidade no âmbito federal — e a atribuída ao novo Superior Tribunal de Justiça, que passou a atuar como corte de superposição que julga, extraordinariamente, matéria de direito, uniformizando a interpretação da legislação infraconstitucional federal.

<sup>342</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 76/78.

<sup>343</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 78.

convencionou chamar de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, com a adoção da repercussão geral e da súmula vinculante para tentar racionalizar o julgamento de questões repetidas.

*Contrario sensu*, a jurisdição constitucional direta, que, no exercício de função legislativa negativa, afeta a lei em seu momento normativo — na expressão de Calamandrei — é adequada aos países seguidores do *civil law*, como o faz o Brasil, uma vez que, declarada a inconstitucionalidade, o ato legislativo inválido é expungido do ordenamento jurídico, gerando efeitos vinculantes e com eficácia *erga omnes*.

Em um sistema de direito sem a cultura de respeito a precedentes, portanto, é adequada a atribuição do controle concentrado de constitucionalidade das normas a um órgão “judicialiforme”<sup>344</sup>, como o é o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que exerce uma função legislativa negativa.

Ademais, quanto ao acúmulo de funções em um mesmo órgão, afora críticas de ordem operacional que podem ser elaboradas — por exemplo, a divisão de tempo do Supremo Tribunal Federal entre uma e outra função, com a pauta de uma atrapalhando a pauta da outra —, as demais, especialmente as que envolvem argumentos no sentido de que o Poder Judiciário, exercente da função jurisdicional, estaria invadindo esfera de atuação do Poder Legislativo, são dirimidas quando se consegue bem separar o que é exercício de jurisdição e o que diz respeito à jurisdição constitucional direta.

Nesse sentido, já restou demonstrado no capítulo II deste trabalho que o Supremo Tribunal Federal exerce dupla função estatal, que poderia assim ser considerada: de órgão de cúpula do Poder Judiciário, prestando jurisdição, mesmo quando no exercício da jurisdição constitucional incidental; e de Tribunal Constitucional, no exercício da jurisdição constitucional direta, julgando, concentradamente, a constitucionalidade da lei no plano da abstração.

Há que se ter a noção, para início de qualquer discussão a respeito dessa matéria, de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional direta, se desveste da roupagem própria de poder exercente da função jurisdicional e armar-se dos instrumentos políticos necessários ao trato legislativo, para conferir se uma determinada lei, ainda no seu momento normativo, compatibiliza-se ou não com Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, nesse cenário, atua como ator político estatal na defesa da Constituição e, especialmente, na proteção dos direitos e garantias fundamentais nela previstos.

---

<sup>344</sup> Expressão muito utilizada por Jorge Amaury Maia Nunes em exposições orais sobre o tema aqui examinado.

Nesse contexto, exsurge a indagação acerca da legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional direta, interferindo no âmbito de atuação precípua do Poder Legislativo para dizer qual lei ou ato normativo é válido ou não no ordenamento jurídico.

Os três Autores anteriormente estudados, inobstante haja grande diferença em cada uma das abordagens, partem, sempre, do pressuposto de que, no estágio atual de desenvolvimento sociopolítico, é fora de dúvida que a função estatal de controle de constitucionalidade das leis faz-se presente e necessária para a proteção dos direitos fundamentais, impondo, nas palavras de Ackerman, “limites derradeiros à autoridade legiferante de políticos democraticamente eleitos.”<sup>345</sup>

É curioso que da tese elaborada por Ackerman pode-se extrair uma ideia de que o Legislativo — em termos lockeanos — é o poder soberano, aquele que titulariza perfeitamente a representação popular e que, por isso, poderia, somente ele, decodificar os valores básicos da sociedade para transformá-los em preceitos legais. Ackerman excepciona o poder deferido aos parlamentares a partir do voto de cada um dos populares para afirmar que, acaso o legislador atue, mesmo em grande maioria dos representantes, contra a Constituição e, especialmente, contra direitos fundamentais, legítima e necessária será a ação limitadora da corte constitucional para declarar a invalidade do ato legislativo exacerbado.

Nas palavras do Americano, um dos três desafios da nova separação de poderes é, exatamente, criar a estrutura adequada para “tutelar direitos liberais fundamentais garantindo recursos básicos de autodesenvolvimento a todo e cada cidadão”<sup>346</sup>. Para ele, uma corte de constitucionalidade é essencial ao Estado “parlamentarista limitado” que propõe, exatamente pelo fato de acionar, em defesa dos direitos fundamentais, o freio necessário ao Legislativo democraticamente eleito.

Souza Júnior também não poupa palavras para dizer que, inventado no século XX para atender aos novos desafios do constitucionalismo de então, o tribunal constitucional kelseniano “[é] a marca registrada do tipo de Estado Social” europeu ocidental dos últimos anos, constituindo, ao mesmo tempo, “causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sócio-político”.<sup>347</sup>

Piçarra, de sua vez, admite que o controle de constitucionalidade das leis, realizado pelo Poder Judiciário, gera embaraços à teoria da separação de poderes — embaraços esses,

---

<sup>345</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, p. 99.

<sup>346</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, 2009, *passim*.

<sup>347</sup> SOUZA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 109/110.



como dito anteriormente, que podem (ao menos, começar a) ser dirimidos a partir da consciência do que é jurisdição e do que é controle de constitucionalidade no plano abstrato.

O Português, entretanto, ressalta a função desempenhada pela jurisdição constitucional como um “contrapoder” em relação ao legislativo, enfatizando especialmente que, hoje, a validade da lei não está apenas centrada em si própria, mas na sua compatibilidade com o necessário anteparo constitucional cuja verificação é exercida, no seu caso, pelo Judiciário.<sup>348</sup>

No Estado constitucional atual, portanto, em que se coloca em destaque a carta política e, especialmente, o respeito aos direitos fundamentais, deve estar presente em uma das funções essenciais a de controle de constitucionalidade da lei — seja ela exercida pelo Poder Judiciário, conjuntamente com a função jurisdicional, seja executada por um Tribunal Constitucional específico para tanto —, com atuação no sentido de tornar os princípios ordenados pelas pessoas em realidade operacional.

A respeito especificamente da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade da lei no plano abstrato, Luís Roberto Barroso assevera que a legitimidade da sua atuação deflui de dois fundamentos: um normativo, dada a atribuição expressa advinda da Constituição para que o exerça; e um de natureza filosófica, que autoriza o exercício pelo Poder Judiciário da jurisdição constitucional direta nos seguintes termos:

O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflito.

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios — não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> PIÇARRA, *op. cit.*, *passim*.

<sup>349</sup> BARROSO, *op. cit.*, 2009a, pp. 339/340.

Barroso, pois, trabalhando os conceitos de constitucionalismo — “poder limitado e respeito aos direitos fundamentais” — e de democracia — “soberania popular” e “poder fundado na vontade da maioria” —, prevê situações tensas entre ambos, especialmente quando a vontade da maioria esbarrar em preceitos constitucionais que estatuem direitos fundamentais.

O Constitucionalista carioca resolve a testilha estabelecendo a premissa de que o princípio majoritário, mesmo como expressão representativa da vontade popular, cede lugar sempre que confrontar com direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Nesse diapasão, a atuação em defesa racionalmente de “valores e direitos fundamentais” legítima, em termos materiais, a atuação do Supremo Tribunal Federal como aferidor da compatibilidade da lei em relação aos preceitos constitucionais, mesmo indo de encontro ao que a maioria parlamentar democraticamente eleita tenha decidido.

Gustavo Zagrebelsky, nesse sentido, cita a decisão da Suprema Corte americana no caso *West Virginia Board of Education v. Barnette* para apontar que uma declaração constitucional de direitos (fundamentais) aparta determinadas matérias das controvérsias políticas, do alcance de atuação de políticos e de servidores públicos e os seus destinos não estão submetidos, de maneira nenhuma, ao voto. Para o Italiano, a “Constituição [...] é aquilo sobre o que não se vota; ou melhor, em referência às constituições democráticas, é aquilo sobre o que já não se vota, porque já foi votado de uma vez por todas, na sua origem.”<sup>350</sup> Quanto à democracia e à jurisdição constitucional, o ex-juiz da Corte Constitucional italiana aponta que:

A democracia, com efeito, pode converter-se em regime das facções; uma parte, embora seja a maioria, pode intentar funcionar como totalitária e apropriar-se da coisa comum, fazê-la como coisa própria. As leis que obedecem a interesses só de parte são manifestações desta corrupção; as leis pessoais são sua manifestação extrema. A justiça constitucional protege a república e por isso limita a democracia, porque serve para preservar o caráter de especificação da república. Sua função é precisamente evitar que um, uma parte, aproprie-se da coisa de todos, afastando a outra parte da propriedade comum. Em resumo: a justiça constitucional é uma função republicana.<sup>351</sup>

Daí decorre o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional direta, exerce legitimamente função “contramajoritária” ao impor limites ao Poder Legislativo quando ele, suportado pela maioria de seus membros, perpetra violações constitucionais prejudiciais à minoria.

---

<sup>350</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traduzido por Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 26/27.

<sup>351</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 101/102.

Na linha do que afirma Zagrebelsky, a justiça constitucional serve à democracia ao exercer uma função contramajoritária, impondo limites à quantidade de democracia para preservar a sua qualidade, evitando que a democracia se transforme em um regime cego e aceite mudanças de direito constitucionais simplesmente porque se conseguiu juntar um maior número de representantes do povo no Parlamento.<sup>352</sup>

Outra crítica que se faz ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade da norma no plano abstrato, no contexto do que vem sendo tratado a partir de Barroso e Zagrebelsky, diz respeito ao fato de que os juízes do Supremo Tribunal Federal não serem votados, isto é, não serem representantes eleitos pelo povo, mas apenas nomeado pelo Presidente de República após aprovação pelo Senado Federal, esses, sim, órgãos cujos integrantes são verdadeiros representantes populares.

A questão é bem colocada e, uma vez resolvida, aponta tanto para fortalecer a legitimidade de atuação do Tribunal, na linha do que vem sendo visto, como para demonstrar, também, a responsabilidade da Corte em relação às decisões que profere.

O sistema de constituição do Supremo Tribunal Federal brasileiro privilegia a experiência de seus membros e, especialmente, o conhecimento técnico-jurídico para bem exercer os misteres que lhes são confiados, especialmente o de participar do processo legislativo com a possibilidade de exercício da jurisdição constitucional direta.

Vale dizer que, embora exerçam uma função política, na medida em que participam das escolhas e dos destinos sociais, o juízes da Suprema Corte são apolíticos “se por política se entenda a competição entre as partes pela assunção e a gestão do poder” e estão ligados ao Direito, “algo separado da crueza da vida e da imediatez dos fatos”, e, fundamentalmente, ao Direito Constitucional, que consiste em “sutiliza, estabilidade, ponderação e equilíbrio entre os fatores principais da vida social e política.”<sup>353</sup>

Vem ao caso a proposta especialização funcional de Ackerman feita à estruturação do Poder Judiciário, afasta a atuação do Supremo Tribunal Federal, na jurisdição constitucional direta, dos anseios politicopartidários e voltada à imparcialidade dos juízes, da técnica apurada e aplicação da consciência dos magistrados haurida dos parâmetros constitucionais vigentes.

Não é por outro motivo que se privilegia da experiência, o conhecimento técnico e o afastamento da política partidária. O voto, nesse caso, poderia trazer distorções ao correto exercício da função.

---

<sup>352</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 102.

<sup>353</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 40 e 98.

Demais disso, na tentativa de minimizar eventual déficit democrático que do exercício da jurisdição constitucional pudesse decorrer e, talvez, de distribuir a responsabilidade que o Tribunal assume ao decidir, a Constituição de 1988 elevou o rol de pessoas legitimadas à propositura das ações diretas que visam ao questionamento da constitucionalidade de normas, além de permitir a participação de outras pessoas, na condição de *amicus curiae*, na discussão travada no âmbito do processo.<sup>354</sup>

A propósito do tema acerca do amigo da corte, vale trazer à colação a decisão monocrática proferida Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, ao admitir *amicus curiae* na ADI 2.130-MC, cujo excerto seguinte merece transcrição:

A admissão de terceiro na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou extratos sociais.<sup>355</sup>

Ainda sobre a participação do *amicus curiae*, o fato de as pessoas intervenientes irem ao processo para defender interesses específicos não deslegitima a atuação. Muito pelo contrário, como assevera Damares Medina, “a par de aperfeiçoar o seu processo de tomada de decisão e aproximar-se da sociedade [...] é importante que a corte seja informada acerca das preferências interpretativas de segmentos que, a seu juízo, serão relevantes para a solução da controvérsia constitucional.”<sup>356</sup>

Importa à legitimação e à responsabilidade assumida em suas decisões o fato de que se permite a discussão do tema abertamente, com a participação dialética de entidades representativas de diversos extratos da sociedade interessadas na resolução da questão e que trazem para dentro do Tribunal posicionamento diferentes e divergentes acerca do assunto, enriquecendo, pois, o debate.

O mesmo ocorre nas audiências públicas: em uma solenidade, um determinado tema é discutido por representantes da sociedade que firmam os respectivos entendimentos de

---

<sup>354</sup> PRADO, Rodrigo Murad do. A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010, *passim*.

<sup>355</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.130-MC Santa Catarina. Decisão monocrática proferida em 20 de dezembro de 2000 e publicada no DJ de 2 de fevereiro de 2001. Acessado em 08.3.16 pelo sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2130%2EENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bwcdm4t>

<sup>356</sup> MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 42/43.

acordo com os entendimentos e os interesses que defendem e mostram ao Tribunal diferentes perspectivas de análise do tema e os diversos caminhos que podem ser seguidos.

Demais de tudo isso, as decisões do Supremo Tribunal Federal são fundamentadas — juízo de razão —, são proferidas em sessão de julgamento pública e televisionadas, o que expõe ainda mais a atuação de seus membros à opinião pública e ao crivo de todos que queriam emitir críticas a respeito, membros esses que são escolhidos dentre profissionais com notório saber jurídico e que, uma vez investidos no cargos, são protegidos por uma série de barreiras contra eventuais tentativas de ferir a isenção de seus julgamentos.

Não resistem dúvidas, dessa maneira, quanto à perfeita compatibilidade do exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle de constitucionalidade de constitucionalidade da lei *in abstracto* com o princípio da separação de poderes, notadamente quando está bem compreendida a função exercida no contexto da necessária releitura da doutrina em busca do seu sentido normativo — ainda que brando —, fundado, especialmente, na estrutura orgânica funcionalmente adequada, na legitimidade para a tomada de decisões e na responsabilidade assumida para o desempenho do naco específico do poder estatal.

Todo o aqui estudado — o reexame do instituto velho à luz das novas necessidades — faz lembrar, por fim, as sábias palavras de Serpa Lopes no sentido de que “[m]esmo as instituições antigas podem manter-se com finalidades novas, desde que adaptáveis, de um modo mais ou menos completo a êsses mesmos fins. São êsses fins novos e últimos que necessitam ser destacados por formarem a verdadeira substância dos direitos.”<sup>357</sup>

---

<sup>357</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 125.

## CONCLUSÃO

1. O poder político, embora seja uno, pode ser exercido por instituições diferentes, que desempenham funções estatais complementares atendendo, de um lado, aos anseios e às necessidades da sociedade e, do outro, impondo a ela controles e a observância ao que seja do interesse comum. Sob o ponto de vista funcional, o poder político visa a estabelecer o equilíbrio das forças pluralistas sociais, garantido respeito a direitos individuais, sem que um grupo suplante o outro pelo exercício tirânico do poder.
2. A doutrina da separação de poderes desenvolveu-se exatamente com essa preocupação — equilíbrio no exercício das funções estatais e respeito a direitos individuais. Desde a Grécia antiga há escritos sobre o tema. Na história, entretanto, percebe-se que, a partir do advento do Estado Moderno, é buscada sistematicamente a limitação do exercício do poder político, evitando que uma determinada classe exercesse sozinha todo o poder, subjugando as demais.
3. O princípio da separação de poderes formou-se no século XVIII a partir da terceira versão inglesa da separação de poderes que, calçada na técnica de representação e na soberania popular, já previa a balança de poderes, permitindo que um interfira no mister estatal no outro para a contenção de excessos — Executivo, por meio do veto; Legislativo, no exercício do *impeachment*.
4. Essa teria sido a Constituição inglesa observada por Montesquieu na sua formulação teórica acerca da tripartição de poderes. Os escritos no Espírito das Leis, entretanto, não a retratam fielmente, dadas as adaptações feitas pelo Jurista à sua realidade francesa. Um ponto de inconsistência, importante ao presente trabalho, diz respeito ao Poder Judiciário: na Inglaterra era exercido junto ao Executivo<sup>358</sup> — quando da análise de Montesquieu — e gozava de grande liberdade criativa do Direito, própria do sistema do *common law*; no Continente, o *civil law* impunha a Montesquieu a apenas aceitar que o Poder de julgar seria simples “boca da lei”.
5. As influências inglesas na colonização e a leitura do Espírito das Leis fizeram com que os EUA adotassem, já na versão primeira da sua Constituição escrita, a separação tripartite de poderes, com Legislativo, Executivo e Judiciário atuando independente e harmonicamente,

---

<sup>358</sup> Poderia, aqui, ser indicado outro ponto de divergência: embora existisse função jurisdicional na Inglaterra, não havia um poder específico para o seu exercício, como sugere Montesquieu na sua abordagem acerca da Constituição inglesa, mas era praticada pelo “Poder Governamental”.

com a possibilidade de inter-relações entre eles, prevendo-se instrumentos de freios e contrapesos para que um contenha o outro no exercício da respectiva função.

6. Essa formatação foi adotada, posteriormente, por um sem número de Constituições ocidentais, que assumiram-na como um princípio constitucional, em alguns casos interpretada com força de dogma. No Brasil, a formatação foi adotada já a partir da primeira Constituição, em 1824, e encontra-se, ainda na atual Constituição, prevista como princípio, estatuidando que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

7. A Constituição brasileira de 1988, no contexto de previsão de freios e contrapesos, estabelece uma série de hipóteses em que se tem a inter-relação entre os poderes: além dos clássicos poder de veto e do processo de *impeachment*, o Legislativo exerce controle sobre o orçamento; o Executivo exerce a função reguladora setorial; e, o que importa a este trabalho, o Poder Judiciário atua, via jurisdição constitucional direta, declarando a nulidade de leis que, abstratamente, confrontam com a Constituição Federal.

8. Exatamente porque o Poder Judiciário, que tem a função jurisdicional como precípua, pode interferir no mister legislativo para declarar nulas leis e atos normativos contrários à Constituição fora de um caso concreto, há, sempre, vozes a dizer que essa interferência feriria o princípio da separação de poderes.

9. Para bem analisar essa crítica e demonstrar a sua impertinência, é necessário atualizar o conceito de jurisdição para admitir que o juiz não é mais apenas a “boca da lei”, como previa Montesquieu, mas que, no exercício dessa função estatal, participa também do processo de criação do Direito, em um nível muito inferior à liberdade criativa detida pelo legislador, mas na limitação própria de partícipe efetivo do processo de concretização dos preceitos fundamentais, como responsável pela elaboração da norma individual.

10. A sua atuação criativa, vale dizer, ocorre com restrições a partir dos parâmetros encontrados no ordenamento jurídico: ou preenchendo espaços na moldura legislativa prescrita; ou, na ausência de legislação específica para o caso, atuando a partir da elaboração constitucional e dos princípios gerais do Direito; ou, ainda, na hipótese de existir lei específica, afastando a sua aplicação ao caso concreto por entendê-la inconstitucional, buscando a resposta em outros elementos do ordenamento.

11. Ainda sobre a função jurisdicional, é importante destacar que ela se desenvolve em um processo, submetido à análise e ao julgamento do Poder Judiciário, em que se discute uma relação subjetiva entre duas partes a respeito de fatos ocorridos ou que podem vir a ocorrer, para que se dirima o conflito de interesse existente por meio de uma norma jurídica individual.

12. A jurisdição constitucional, nos moldes adotados pelo Brasil, é e não é exercício de jurisdição: quando qualquer juiz, difusamente, é chamado a examinar uma questão excepcional acerca da constitucionalidade ou não da lei que se pretende ver aplicada ao caso concreto, não há dúvida de que se está diante de exercício jurisdicional — chamamos essa prática de jurisdição constitucional incidental —; por outro lado, não é função jurisdicional a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, conferindo a validade de uma norma em face da Constituição abstratamente, sem nenhuma relação com o mundo dos fatos — trata-se de função legislativa (negativa), que se desenvolve pela via da jurisdição constitucional direta.

13. No exercício da jurisdição constitucional incidental, portanto, não há falar em interferência do Poder Judiciário no mister legislativo, por se tratar de atuação dentro dos limites do conceito de jurisdição; na jurisdição constitucional direta, em que o Supremo Tribunal Federal exerce clara função legislativa, a inter-relação existe, mas não se fere o princípio da separação de poderes.

14. De fato, a separação de poderes transformou-se em um princípio constitucional histórico e moldável, a partir de determinados pressupostos, à realidade social vivenciada naquele momento histórico. Não reúne em si, portanto, elementos apriorísticos ou pretensões dogmáticas estanques que necessariamente devem ser observadas. Esse sentido normativo brando, a propósito, permite que, ao longo dos anos, haja alterações substanciais dentro de uma mesma forma de estruturação estatal — ocorreu nos EUA, *e. g.*, no decorrer dos mais de 200 anos de adoção da mesma forma de separação.

15. Inexiste, assim, um sentido normativo forte na leitura do princípio da separação de poderes, embora também não se possa admitir completa liberdade estrutural que impeça o estabelecimento de parâmetros necessários a aferir a adequação da estrutura da divisão de funções estatais adotada. Busca-se, a partir desses elementos, a configuração de uma organização ótima das funções estatais. Para tanto, não que ser adotados alguns parâmetros, tais como: a estrutura organizada funcionalmente adequada; a estrutura legítima para a adoção da decisões; e a estrutura responsável pelas decisões que serão adotadas.

16. Antes de aplicar esses parâmetros em relação ao exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, da jurisdição constitucional direta, é necessário abordar que a Constituição brasileira protege, como cláusula pétrea, a existência de separação de poderes, isto é, não há imutabilidade em relação à estruturação descrita no art. 2º constitucional. Tem-se, a partir dessa conclusão, que, acaso o Constituinte derivado pretenda, por exemplo, criar um Tribunal Constitucional



para o exercício da jurisdição constitucional direta, poderá fazê-lo sem nenhuma alegação de que está a ferir o núcleo duro da Carta Política.

17. Voltando aos parâmetros, aponta-se que não há nenhum óbice, quanto à estrutura organizada funcionalmente adequada, a acumulação, no Poder Judiciário brasileiro, do exercício da função jurisdicional e da atuação na jurisdição constitucional direta. Tendo-se em mente, muito claramente, a distinção dos conceitos envolvidos e das funções desempenhadas para que se perceba quando o Tribunal atual prestando jurisdição e quando age como legislador negativo, não há inadequação que possa ser apontada. Em verdade, afora algum conflito operacional que possa existir pelo acúmulo das funções, não seria mais adequada a criação de um Tribunal Constitucional para o exercício da jurisdição constitucional direta do que a estrutura que se tem hoje adotada.

18. Quanto à legitimidade para a tomada de decisão, igualmente não há barreira ao exercício da jurisdição constitucional direta pelo Supremo Tribunal Federal, dada a defesa de direitos fundamentais que proporciona, especialmente contra possíveis abusos do Poder Legislativo que, conduzido por uma maioria de representantes, avance sobre direitos dos que são menos representados politicamente.

19. Por fim, o Supremo Tribunal Federal, com a experiência, a imparcialidade — sobretudo em relação a compromissos políticoeleitorais — e apuro técnico de seus membros, somados aos instrumentos — especialmente os que promovem a participação social no processo — de formação das decisões que proferem, é órgão responsável para a execução desse outro mister estatal que não se confunde com nenhum dos outros três previstos constitucionalmente.

20. Diante de tanto, restou claro que a releitura do princípio da separação de poderes, com base em parâmetros contemporâneos que conduzem o seu sentido normativo à busca de uma organização ótima das funções estatais, e a precisa conceituação da função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional direta, apontando especialmente que não se trata do exercício de jurisdição, levam ao entendimento de que não há nenhuma espécie de violação ao princípio, muito menos inadequação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade da lei *in abstracto*.

## BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. 2ª Tiragem. Traduzido por Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. We the people: foundations. Vol. 1. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1993.
- ARISTÓTELES. A política. Tradução Roberto Leal Ferreira. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. In: SIQUEIRA, Alípio, et. al. O Poder Judiciário e a Constituição. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977.
- BARBOSA, Ademar Cypriano. Estado Administrativo, Poder Legislativo e a Releitura do Princípio da Separação de Poderes. In: Revista de Direito Setorial e Regulatório. V. 1, n. 1 (2015) – Brasília: Universidade de Brasília, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro; exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009a.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 11ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2013.
- \_\_\_\_\_. Teoria do Estado. 7ª Edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo, Edição Saraiva, 1958.
- CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. Vols. 1 e 3. 2ª edição. Traduzidos por Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.
- CALDERÓN, Raúl Enoc. El col judicial de constitucionalidade. In.: CALDERÓN, Pérez Guilhou *et al.* El Poder Judicial. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed, 4. reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2ª Edição reimpressa. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Vol. 1. 2ª edição. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. 2. 3ª edição. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

COUTURE, Eduardo J. Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales. Tomo I – Los órganos del Poder Judicial. Montevideo: Jerónimo Sureda Editor, 1936.

\_\_\_\_\_. Fundamentos del derecho procesal civil. Segunda edición apliada y actualizada. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5ª edição. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Traduzido por Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 4ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2006.

FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo Judicial: possibilidades e limites no neoconstitucionalismo [livre eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª edição. São Paulo: Malheiro, 2005a.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Traduzido por Leonardo Prieto Castro. Com acréscimos doutrinários de Niceto Alcalá-Zamora Castilho. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. The Federalist: a commentary on the Constitution of the United States. Edição: Robert Scigliano. New York: The Modern Library, 2001.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). In Revista de Direito Público nº 1 – Jul-Ago-Set 2003.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. Teoria pura do Direito. 6ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. Lua Nova, N. 88, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª edición ampliada (reimpressão). Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentário à Lei de Introdução ao Código Civil, vol. 1, 2ª edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

MEDINA, Damares. Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2ª edição. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O controle incidental ou concreto de normas no direito brasileiro. Brasília: Mimeo, 2007.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. As novas tendências do Direito Constitucional. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. 1ª edição (1968) – reimpressão. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 15 Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica e Súmula Vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRADO, Rodrigo Murad do. A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

QUINTAS, Fábio Lima. A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. *In: Direito Público (Porto Alegre)*, n.º 22 – Jul-Ago/2008.

\_\_\_\_\_. Direito e economia: o poder normativo da administração pública na gestão da política econômica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

\_\_\_\_\_. O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais. 12.4.2013. 376 folhas. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 12.4.2013.

SATTA, Salvatore. Derecho procesal civil. Vol. 1. Traduzido por Santiago Santís Melendo e Fernando de la Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Buenos Aires: Struhart & Cia., s.d.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

TELLES JUNIOR, Goffredo. O povo e o poder: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Vol. 1. 2ª edição. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TREMPS, Pablo Pérez. Sistema de Justicia Constitucional. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2010.

TUSHNET, Mark. *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford, California: Stanford Law and Politics, 2005.

WALDO, Dwight. *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Traduzido por Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

### **Decisões judiciais**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 815-3 Distrito Federal julgada em 28 de março de 1996 e publicada no DJ de 10 de maio de 1996. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+815%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7zls>. Acessado em 15.2.16.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.130-MC Santa Catarina. Decisão monocrática proferida em 20 de dezembro de 2000 e publicada no DJ de 2 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2130%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bwcdm4t>. Acessado em 08.3.16.

### **Legislação**

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo texto foi acessado em 1º de maio de 2014 no sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm).

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, acessada em 1º de maio pelo sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)

BRASIL. Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, acessado em 1º de maio de 2014 no sítio:

[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/D848.htm).

BRASIL. Decreto-Lei 1.564, de 05 de setembro de 1939, acessado pelo sítio:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1564-5-setembro-1939-411497-publicacaooriginal-1-pe.html>

BRASIL. Diário de Justiça (Ano L, n.º 112) acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970\\_emenda\\_3\\_dj\\_1975.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_3_dj_1975.pdf)

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1)

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1)

BRASIL. Exposição de Motivo do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, acessado em 1º de maio de 2014 no sítio: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>

BRASIL. Lei 221, de 20 de novembro de 1894, acessada em 1º de maio de 2014 no sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/l0221.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm)

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, acessada em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado até dezembro de 2013, acessado em 1º de maio de 2014 pelo sítio:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Dezembro\\_2013\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf)