UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

LUCIANA DA SILVA COSTA

**A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: dialogicidade
e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional
brasileira.**

São Paulo

2014

LUCIANA DA SILVA COSTA

A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito do Estado

Orientador: Marcelo da Costa Pinto Neves

São Paulo

2014

LUCIANA DA SILVA COSTA

**A REVISITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: dialogicidade
e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional
brasileira.**

Aprovada em: _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Examinador: _____

Instituição: _____

Examinador: _____

Instituição: _____

Examinador: _____

Instituição: _____

Examinador: _____

Instituição: _____

*Aos meus pais, exemplo de
humildade e caráter, pelo amor
incondicional.*

*Aos meus alunos, fonte permanente
de inspiração.*

AGRADECIMENTOS

A DEUS, que tornou possível esse sonho

Aos meus pais, pelo exemplo, pela força, pelo carinho e pela compreensão das inúmeras ausências.

Ao professor Marcelo da Costa Pinto Neves, pela confiança em mim depositada e pelos inúmeros aprendizados. Tudo começou pelo “sonho” de ser orientada por aquele, que durante a minha vida acadêmica, era apenas o meu “marco teórico”.

Àqueles que contribuíram para a minha trajetória acadêmica, especialmente aos professores Marcelo Campos Galuppo, José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, Wilba Lúcia Maia Bernardes e Álvaro Ricardo de Sousa Cruz.

Ao professor Gustavo de Oliveira Justino, pelos valiosos ensinamentos e reflexões obtidos durante a fase de créditos.

Aos amigos, especialmente à Dóris, Karina, Luciana e Vinícius Poli.

À Fernanda e à Rapha, por toda a colaboração.

Finalmente, uma menção especial àqueles que são responsáveis pela renovação, diária, do meu desejo de seguir adiante: os meus alunos.

RESUMO

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira.** 2014. Tese (doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

No contexto constitucional pós-88, o princípio da separação de poderes ocupa posição de destaque, especialmente a partir dos avanços do Poder Judiciário na solução de conflitos envolvendo arenas antes reservadas ao Legislativo ou ao Executivo. Temas como o ativismo do STF, o (ab)uso das medidas provisórias pelo Presidente da República, a apatia do Legislativo, o controle judicial de políticas públicas, dentre tantos outros, são recorrentes na bibliografia jurídico-brasileira. Entretanto, de forma frequente, a recente produção científico-jurídica que se dedica ao tema no Brasil, observa-o a partir de substratos que já se encontravam presentes na teoria moderna do princípio da separação de poderes, edificada no final do século XVIII, não apresentando inovações. É nesse cenário que a presente pesquisa busca revisitar, à luz da teoria do diálogo institucional, a teoria do princípio da separação de poderes, explorando fundamentos que permitam uma interpretação adequada das complexas interações travadas pelos poderes instituídos e pela esfera pública no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Trata-se de pesquisa jurídico-bibliográfica que, além da revisão da literatura, analisou quatro cenários de interação: Legislativo-STF; Legislativo-Executivo; Executivo-STF e STF-sociedade civil. Ao final, faz-se algumas incursões de como esse novo sentido interage com a compreensão de identidade constitucional esboçada por Michael Rosenfeld.

Palavras-chave: SEPARAÇÃO DE PODERES- DIÁLOGO INSTITUCIONAL- IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

In 1988 post-constitutional context, the separation of powers principle occupies a prominent position, especially since the advances of the judiciary in resolving conflicts involving spaces previously reserved to the Legislature or the Executive. Themes as the STF's activism, the (ab)use of provisory acts by the President, the apathy of the Legislature, the judicial control of public policies, among many others, are recurrent in the Brazilian legal literature. Nevertheless, frequently, the recent scientific-legal production that is dedicated to the theme in Brazil, watches it from substrates that were already present in the modern separation of powers principle theory, built in the late eighteenth century, not presenting innovations. It is in this scenario that this research seeks to revisit, in the light of the institutional dialogue theory, the separation of powers principle theory, by exploring foundations that allow an appropriate interpretation of complexes interactions fought by the powers and by the public sphere in the contemporary Brazilian constitutionalism. It is a legal bibliographic research which, beyond the literature review, examined four interaction scenarios: Legislative- TF; Legislative-Executive, Executive-STF and STF-civil society. At the end, some inroads of how this new sense interacts with the constitutional identity outlined by Michael Rosenfeld are made.

Keywords: SEPARATION OF POWERS - CONSTITUTIONAL DIALOGUE - CONSTITUTIONAL IDENTITY

LISTA DE SIGLAS

ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade

CAPES- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CRFB/88- Constituição da República Federativa do Brasil

MP-Medida Provisória

PEC- Proposta de Emenda à Constituição

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ESTADO DE DIREITO E SEPARAÇÃO DE PODERES.....	15
1.1 Introdução.....	15
1.2 O surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito.....	15
2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO.....	23
2.1 Introdução.....	23
2.2 A origem dos fundamentos teóricos do princípio da separação de poderes: desmistificando a tese do constitucionalismo antigo.....	25
2.3 A compreensão do princípio na obra de Locke.....	40
2.4- Montesquieu e o Espírito das leis: o princípio da separação de poderes foi “decifrado” pelo oráculo francês?.....	51
2.5- O fim do mistério: a obra se completa no constitucionalismo moderno na narrativa de Jefferson, Madison e Hamilton.....	67
3 AS TEORIAS DO DIÁLOGO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	85
3.1- Introdução	85
3.2- A defesa de uma última palavra	87
3.3-As teorias do diálogo institucional	97
3.3.1 O debate canadense.....	98
3.3.2 O debate norte-americano.....	110
3.3.3- O refinamento das teorias do diálogo institucional: a diferenciação da proposta de Mendes	124
3.4 - A tematização do constitucionalismo brasileiro: a importância da inclusão do poder executivo no modelo de diálogo interinstitucional.....	132
3.5- Uma proposta reconstrutiva: diálogo interinstitucional entre os poderes e a esfera pública.....	132
4 A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: passado, presente e futuro.....	141
4.1 Introdução.....	141
4.2 O Princípio da separação de poderes e as Constituições Brasileiras.....	142
4.3- Diálogo institucional: a observação de algumas interações no cenário brasileiro atual.....	165
4.3.1-Cenário A: as interações entre o Parlamento Brasileiro e o STF.....	165
4.3.2-Cenário B: as interações entre o Poder Executivo e o STF.....	170
4.3.3-Cenário C: a interação entre o Executivo e o Legislativo.....	174

4.3.4-Cenário D: o caso das células tronco.....	176
4.4 Considerações finais do capítulo.....	181
5 DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: algumas reflexões.....	182
6 CONCLUSÃO.....	186
7 REFERÊNCIAS.....	189

INTRODUÇÃO

O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, de um lado, o Congresso Nacional é tensionado pelo (ab) uso das medidas provisórias que acabam por controlar, dentro do desenho institucional estabelecido no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88, a agenda parlamentar; agrega-se, a isso, uma postura passiva do Parlamento localizada, especialmente, na sua omissão em legislar e deliberar, sobre os vetos executivos¹. Nesse contexto, claramente, visualiza-se uma atuação normativa positiva (medidas provisórias) e negativa (veto) do Executivo, já que o veto acabava sendo o ponto final do processo legislativo. Nesse cenário, cita-se, ainda, os arranjos institucionais entre os dois poderes gerados pela existência de um típico presidencialismo de coalizão. As interações com o Judiciário de ambos os poderes não é menos complexa, especialmente considerando-se o Supremo Tribunal Federal- STF. A história institucional das Cortes Constitucionais demonstra as tentativas de ingerência do Poder Executivo em relação ao funcionamento da Corte, seja pelas aposentadorias compulsórias, seja através de manobras que visavam a ampliação do quadro de ministros. A realidade do STF não é distinta; entretanto, no final da década de noventa e início do século XXI, a reorientação do seu posicionamento no contexto de redemocratização em questões controvertidas permite análises que demonstram a assunção de uma identidade não assumida em contextos anteriores. A “supremocracia”, usando expressão cunhada por Oscar Vilhena Viera, seria a patologia que demonstraria o avanço do STF rumo às searas antes exclusivas do Legislativo ou do Executivo.

Nesse contexto, poderia-se afirmar que o princípio da separação de poderes está em crise no direito brasileiro? Seria cientificamente adequado demarcar a inoperância deste princípio e mandar Montesquieu às favas?

¹ Apenas em 2013, o Congresso Nacional começou a deliberar, de forma mais sistemática, sobre os vetos presidenciais, alguns proferidos pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, no seu primeiro mandato.

As investigações jurídico-científicas no direito brasileiro que tematizam o princípio da separação dos poderes de forma direta ou, indiretamente, pela análise de temáticas tais como o controle judicial de políticas públicas, o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito, a judicialização da política, o robustecimento da jurisdição constitucional pelo STF, as ingerências do Executivo mediante a Medida Provisória, dentre tantas outros, são fartas. Fruto dessas pesquisas, algumas produções bibliográficas chegam, até, a apontar um diagnóstico relevante: a necessidade de se ressignificar o princípio da separação de poderes, já que, até o presente momento, os manuais de direito e a jurisprudência predominante, retratam o princípio dentro dos mesmos quadrantes da teoria construída no final do século XVIII. Outras, embora apresentem qualitativamente avanços na compreensão de categorias e institutos do direito constitucional, não conseguem apresentar uma proposta diversa para a apropriação adequada do princípio, acabando por indicar sugestões que não passam de combinatórias de três variáveis já existentes nas teorias que interpretaram o princípio do século XVIII: a) divisão orgânica; b) distribuição de competências; c) sistemas de freios e contrapesos.

É nesse cenário que a presente pesquisa busca revisitar, à luz da teoria do diálogo institucional, a teoria do princípio da separação de poderes, explorando fundamentos que permitam uma interpretação adequada das complexas interações travadas pelos poderes instituídos e pela esfera pública no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Parte-se da hipótese que o fluxo de tensionamentos recíprocos entre os poderes, entre a esfera pública e entre ambos, explicados pelos fundamentos da teoria do diálogo, permite, de forma permanente, a construção do sentido constitucional; tal sentido não é apropriado dentro da lógica de uma compreensão unívoca capaz de ditar uma concepção de “vida boa” para os indivíduos, nem na perspectiva de um consenso pretensamente compartilhado por todos; o sentido da Constituição aqui destacado convive com a premissa do dissenso conteudístico, presente nas sociedades contemporâneas, que não permite o fechamento semântico da interpretação Constitucional, exigindo a constante abertura a novas possibilidades. Nesse cenário, construir-se-ia uma identidade constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito, pois capaz de reconhecer a diversidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas.

Trata-se de pesquisa jurídico-bibliográfica que, além da revisão da literatura, propõe-se a analisar alguns cenários de interação entre os poderes e entre estes e a esfera pública no direito brasileiro atual.

O primeiro capítulo aborda, brevemente, a construção do Estado de Direito e a adoção do princípio da separação dos poderes como um instrumento jurídico de limitação do poder. Trata-se de um capítulo introdutório que fornece os substratos para a compreensão do desenvolvimento teórico do princípio da separação dos poderes.

O segundo capítulo debruça-se sobre as origens e o desenvolvimento da teoria do princípio da separação dos poderes. Assim, desconstruindo alguns mitos, o capítulo apresenta argumentos históricos que indicam como o arcabouço teórico deste princípio foi escrito a cinco mãos.

O terceiro capítulo analisa as principais matrizes teóricas que analisam o princípio da separação dos poderes pela perspectiva do diálogo institucional. Após a apresentação do debate americano e canadense, a investigação demonstra os fundamentos da proposta de Conrado Hubner Mendes. As duas últimas seções deste capítulo apresentam algumas contribuições que visam aperfeiçoar o modelo de análise adotado pelo autor.

O quarto capítulo faz uma imersão no constitucionalismo brasileiro.; Assim, em uma primeira seção, apresenta-se o arquétipo institucional do princípio da separação de poderes em cada fase do constitucionalismo brasileiro. Não se trata de uma proposta de análise pura do texto de cada Constituição no Brasil, mas de uma interpretação realizada dentro das variáveis políticas e sociais existentes em cada momento histórico. Na segunda seção do capítulo, são investigadas quatro situações de interação entre as funções estatais e a esfera pública, extraídas do cenário brasileiro contemporâneo: a) LEGISLATIVO-STF, observando-se a discussão sobre a perda do mandato parlamentar travada, especialmente, a partir da Ação Penal n.º 470; b) EXECUTIVO-STF, através da investigação dos arranjos criados em decorrência da excessiva judicialização da saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos; c) EXECUTIVO-LEGISLATIVO, através das tensões causadas pelo travamento da pauta parlamentar pelo (ab) uso das medidas

provisórias; d) ESFERA PÚBLICA, a partir da realização da Audiência Pública n. ª 3510 (células-tronco).

O último capítulo faz algumas breves considerações sobre a possibilidade de se extrair a identidade constitucional, proposta por Michael Rosenfeld, da teoria dialógica da separação dos poderes.

CAPÍTULO I - ESTADO DE DIREITO E SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Introdução

A análise do constitucionalismo demonstra a identificação entre o surgimento do Estado de Direito e a incorporação, pelo sistema jurídico, do princípio da separação de poderes. Dessa forma, pode-se afirmar que um dos fundamentos do constitucionalismo moderno é o princípio da separação de poderes.

Assim, o presente capítulo apresenta, em uma seção única, algumas considerações sobre o surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito. O contexto jurídico-social e político desenhado neste capítulo permitirá, na sequência deste relatório de pesquisa, a compreensão do percurso teórico construído, até o século XVIII, do princípio da separação de poderes.

Desdobra-se, assim, a análise: aqui a abordagem é ampla e o princípio da separação de poderes, embora seja um elemento fundamental, é demonstrado dentro do contexto histórico de formação do constitucionalismo moderno; no próximo capítulo, o recorte da pesquisa assume a sua identidade e, já conhecido o contexto histórico, a investigação focaliza alguns substratos teóricos que edificaram a teoria moderna do princípio da separação de poderes.

1.2 O surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito

A observação do constitucionalismo moderno demonstra a história da luta pela limitação do poder político do Estado e da supremacia da lei. Não há coincidência entre a formação dos primeiros Estados Nacionais e o surgimento, no plano jurídico, do princípio da separação de poderes. O absolutismo foi a marca

deixada na edificação das primeiras formas políticas que buscaram romper com a organização até então predominante na Idade Média. Nesse sentido, Barroso assevera

O Estado Moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar, o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as idéias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado Nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (românico-germânico), no plano internacional. Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a revolução inglesa ela se transfere para o parlamento. Com Rousseau e as Revoluções francesa e Americana, o poder passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.²

A luta pela limitação do poder político nas monarquias absolutistas que existiam até o século XVII foi um processo lento, iniciada na Inglaterra, período em que travam batalhas pela formação de uma monarquia constitucional, e fortalecida pelos movimentos revolucionários na América e na França. O resultado foi a constituição de um paradigma de Estado demarcado pela limitação do poder político, especialmente através da adoção do princípio da separação de poderes, e pela proteção dada às liberdades fundamentais. As primeiras constituições escritas, produto desses movimentos revolucionários, foram documentos que retrataram a importância desses fundamentos modernos de limitação do poder.

Surgido no século XVIII, o Estado de Direito nasce sob a ótica de uma leitura liberal e desenvolve-se ao longo dos séculos XX e XXI; a teoria da constituição identifica, assim, três fases do constitucionalismo: o liberal, o social e o democrático. Em cada uma desses períodos, novos institutos e categorias do direito constitucional emergiram, bem como as conquistas históricas apresentaram um processo de releitura. Dessa forma, não pode-se afirmar a existência de “uma única Constituição Moderna”, ou de uma unicidade de percepção do princípio da separação de poderes

² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p.9.

ou de uma visão monolítica dos direitos fundamentais. A ressignificação destes institutos foi inundada pelas novas experiências que surgiram em cada fase do constitucionalismo.

O primeiro paradigma, o do Estado Liberal, está alicerçado sob a perspectiva da separação entre a sociedade civil e a sociedade política, concebendo-se o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras abstratas que deveriam garantir a segurança jurídica, sobretudo enquanto limitação à atuação do próprio Estado. Nesse contexto, entende-se que cada indivíduo possui um projeto de vida diferenciado, embora não haja uma preocupação com a conciliação entre os diversos projetos de vida que não são dominantes.

Em linhas gerais, a imagem de sociedade implícita ao paradigma liberal de Direito e de Estado é caracterizada pela divisão em sociedade civil e em sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e mercado (trabalho e empresa capitalista) e esfera pública, cidadania política, representação política e negócios de Estado. Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza das relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade nas mãos de cada indivíduo.³

Nesse contexto, as constituições escritas são concebidas como uma ordem-quadro que permite, a um só tempo, a garantia da liberdade do indivíduo e a demarcação do espaço de atuação do poder político. O princípio da separação de poderes torna-se, assim, um importante mecanismo jurídico de contenção do poder, ditando as regras de organização política do Estado. Os preceitos jurídicos que estruturam os órgãos de cada uma das funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e as respectivas competências são incorporados no âmbito desses primeiros textos constitucionais. Em alguns Estados, por influência de alguns teóricos do século XVII e XVIII, o arquétipo organizacional vai demonstrar, claramente, a supremacia do parlamento. Em outros, predominará o desenho de um pretense equilíbrio, colocando-se as três funções estatais no mesmo patamar organizatório; nesse último caso, a ambiência proporcionará o fortalecimento do

³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

sistema de freios e contrapesos, especialmente o controle judicial de constitucionalidade.

Ao longo da história, especialmente após a primeira guerra mundial, esse modelo entra em crise, já que a idéia de um Estado abstencionista, que deveria deixar a sociedade civil seguir livremente seu próprio caminho, demonstra-se insuficiente para efetivar as liberdades individuais até então proclamadas. Surge um novo tipo de constitucionalismo, o social, momento em que o Estado deixa de assumir uma posição neutra e passa a ser mais atuante, apresentando nítida feição intervencionista.

Após a I Guerra Mundial, vamos poder verificar quase que a 'ressaca' desse modelo. Aquela idéia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a conseqüências bastante radicais. A exploração do homem pelo homem que ocorreu, conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade, a toda a reação que já conhecemos bastante e a muita luta social. Enfim, após a I Guerra Mundial, o que vamos encontrar nas Constituições é a configuração de um novo tipo de constitucionalismo. É o constitucionalismo social.⁴

No mesmo sentido, Cattoni de Oliveira disserta

Com a crise da sociedade liberal, com o surgimento de um capitalismo monopolista, com o aumento das demandas sociais e políticas, além da Primeira Guerra Mundial, uma verdadeira guerra entre as potências imperialistas européias de impacto mundial, tem início a fase da história do constitucionalismo que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, cujo marco inicial teria sido a Constituição da Alemanha de Weimar, embora a primeira Constituição Social tivesse sido a de Queretano, México.⁵

Nesse paradigma do Estado Social, há uma intervenção estatal direta no setor econômico e a assunção de diversas demandas da coletividade, realizadas pelo Estado através da prestação de serviços públicos. Tal diretiva objetivou minorar as desigualdades sociais advindas do paradigma anterior. Carvalho Netto chega a

⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486

⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

afirma que esse “é o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional”.⁶

No enfoque do constitucionalismo social, o ordenamento jurídico deve ser um conjunto de normas genéricas e abstratas, mas que deixam de ser meramente limitadoras da atuação estatal, para assumir o espaço de ordenadoras dessa atividade e reconhecedoras das diferenças materiais entre os sujeitos. Nesse sentido, a Constituição não é um texto meramente limitador, mas consubstanciador dos valores de uma sociedade tida como homogênea. É ela a responsável por atribuir papéis centrais ao Estado, o qual deve produzir uma série de programas que permitam as massas de desvalidos acesso à cidadania. Nesse ponto, importante ressaltar, como faz Carvalho Netto (1999), que os indivíduos são considerados meramente destinatários de ações produzidas pela esfera pública, mais uma vez identificada com o Estado. Aqui, diversamente da perspectiva liberal, pressupõe-se a possibilidade de integração dos diversos projetos de vida da sociedade através da oferta de um projeto alternativo e único criado pelo Estado. Nessa perspectiva, o papel central da Constituição não é o de defesa da autonomia individual dos indivíduos face à um inimigo estatal, mas consagrar os valores fundamentais de uma determinada comunidade, valores esses imaginados como compartilhados por todos os membros da comunidade.

Ribeiro⁷ descreve que, ao contrário do liberalismo, o Estado Social preocupou-se com políticas sociais de redução da desigualdade, garantindo direitos sociais fundados no princípio da isonomia. Entretanto, ao incorporar essa meta ao projeto de um Estado Nacional, acabou sufocando as diferenças inerentes à sociedade contemporânea, negando o direito à diferença e às identidades próprias.

É elucidativa a passagem abaixo o qual o autor utiliza da distinção realizada por Boaventura Souza Santos, entre universalismo antidiferencialista- que nega a diferença, ao absolutizá-la- e diferencialista, que exalta demasiadamente as

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486

⁷ RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais: o princípio da igualdade e o direito à educação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n.º 148, p. 2521-257, out./dez. 2000.

diferenças, não permitindo qualquer forma de comunicação entre elas- para explicar como a igualdade proposta no *Welfare State* acabou não promovendo inclusão:

O universalismo antidiferencialista impõe um padrão de política social que busca a homogeneidade, como regra, em torno dos objetivos do Estado que desenvolve a política social. O universalismo antidiferencialista faz com que a identidade nacional prevaleça sobre as demais identidades e, para isso, os sistemas educacionais são estratégicos. Utiliza-se das escolas para promover os valores nacionais, em detrimento a outros valores culturais que possam ter os estudantes.⁸

Assim, a compreensão da identidade nacional acaba por mascarar uma visão totalizante da sociedade, desprezando as diversidades culturais dos vários grupos que compõem uma sociedade plural e que não se enquadravam no projeto ofertado pelo Estado. Verifica-se, assim, que enquanto o Estado Liberal reconhecia o pluralismo, a diversidade, mas não conseguia compatibilizar os projetos minoritários com os majoritários, a proposta igualitária do Estado Social acaba por sufocar a diversidade, no idealismo de uma sociedade portadora de uma identidade única. Por sua vez, em tal contexto surgiram compreensões democráticas que exigiam a efetivação dos direitos sociais e econômicos, imprescindíveis para que a sociedade, observada em uma condição de menoridade, pudesse efetivamente participar do processo democrático.

Deve-se destacar que, nesse contexto, o Poder Executivo fortaleceu-se, passando a ter competências normativas que o permitiam intervir na ordem econômica e social. Em países de *civil Law*, o avanço do direito em relação aos demais sub sistemas sociais também causará uma ampla irritação da função legislativa que começará, desde então, em alguns países, a dar sintomas de uma patologia- a inflação legislativa.

A partir da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social entra em processo de declínio, demonstrando-se incapaz de solucionar as crises cíclicas do capitalismo, bem como deixando no plano da idealização as promessas que buscavam superar o déficit social herdado desde o Estado Liberal. Concomitantemente, a sociedade

⁸ RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais: o princípio da igualdade e o direito à educação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n.º 148, p. 2521-257, out./dez. 2000.

moderna torna-se ainda mais complexa, apresentando uma teia de relações diferenciadas que questionam conceitos tradicionais de espaço, tempo ou certezas.

Surge, assim, a partir de 1970, uma nova proposta paradigmática: o Estado Democrático de Direito. Segundo Galuppo⁹, essa organização estatal diferencia-se das demais por atender aos pressupostos da sociedade moderna- plural e complexa-, abrindo espaço para a realização de projetos de vida não raro antagônicos.

O Estado Democrático de Direito reconhece como constitutiva da própria democracia contemporânea o fenômeno do pluralismo e do multiculturalismo, recorrendo preferencialmente à técnica da inclusão do que da integração. Por isso mesmo o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos de vida, inclusive os minoritários, igualmente valiosos para a formação da auto-identidade da sociedade.¹⁰

A modificação proposta neste paradigma avança rumo à compreensão do que é Constituição, o sistema de direitos, a relação entre este e o princípio democrático, a relação entre as funções estatais, dentre outros institutos.

Na concepção de Canotilho¹¹, o Estado de Direito consegue limitar o poder político. O Estado Constitucional limita o poder através da Constituição, buscando a conciliação entre direito e democracia. Ao Estado de Direito estaria assente a compreensão de uma liberdade negativa, liberdade de defesa, de distanciamento perante o Estado. O Estado Democrático busca efetivar uma liberdade positiva, de participação, liberdade no exercício do poder democrático. Há uma mediação entre a vontade do povo e a *rule of Law*. No Estado Constitucional, o elemento democrático foi introduzido não apenas para limitar o poder, mas para legitimá-lo. Assim, a legitimidade não é só de direito (processo legislativo, das leis, dos direitos em geral), mas do poder político- todo poder provém do povo assegurando o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. O ponto diferenciador é o

⁹ GALUPPO, Marcelo. Igualdade e diferença. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

¹⁰ GALUPPO, Marcelo. Igualdade e diferença. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p.21

¹¹ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

princípio da soberania popular caracterizado conforme procedimentos juridicamente regulados.

Nesse contexto, pode-se falar em uma mudança da compreensão de legitimidade, a exigir, em todas as funções estatais, a efetivação do direito à participação. Assim, no contexto de uma esfera pública revisitada, a Administração Pública passa a ser Multifacetada e assume a função de consertação entre os diversos atores que compõem tal esfera, agora policêntrica. Nesse sentido, a cidadania expande-se, não limitando-se à participação nos processos eleitorais, mas sendo fator decisivo na construção e implementação do complexo paradigma adotado-o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o constitucionalismo democrático exige o reconhecimento do pluralismo, ínsito das sociedades complexas na contemporaneidade, demarcadas pela existência de um dissenso conteudístico.¹² Tal exigência provoca a necessidade de uma revisão de diversas categorias e institutos do direito constitucional a fim de que estes possam espelhar o mosaico social e político ínsito às sociedades plurais. É nesse contexto que os próximos capítulos buscarão edificar uma teoria da separação dos poderes capaz de refletir, em termos de identidade constitucional, os pressupostos do constitucionalismo democrático.

¹² NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CAPÍTULO II- A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

2.1 Introdução

No último capítulo, investigou-se o nascimento e o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, cujas raízes encontram-se no final do século XVIII. Nesse contexto, o princípio da separação de poderes constituiu uma das principais armas para se limitar o poder político e defender as liberdades fundamentais. A centralidade dada ao princípio pode ser constatada pela sua inserção nos textos das primeiras constituições escritas que surgem após os movimentos revolucionários liberais.

Assim, considerando a presente problemática da pesquisa, é necessário, para se desenhar a compreensão do princípio na contemporaneidade e correlacioná-lo com a identidade constitucional propícia ao século XXI, resgatar o seu percurso teórico.

É com esse propósito que o presente capítulo pretende examinar a origem e o desenvolvimento do princípio da separação de poderes na esfera teórica. O trabalho foi feito a partir da análise de diversos autores clássicos, bem como escritores contemporâneos que, na literatura brasileira e estrangeira, buscam reconstruir a história do princípio. Assim, a sistematização da revisão bibliográfica não foi tarefa fácil, pois há nuances importantes que distinguem o pensamento de cada desses autores. Entretanto, ao se observar, sobretudo os escritos no campo científico-jurídico de autores brasileiros, pode-se perceber a existência de uma variável bem frequente- o atrelamento da interpretação do princípio a um diferencial orgânico-funcional e ao sistema de freios e contrapesos. Não há, nesses escritos, o desenvolvimento de argumentos que demonstrem as possibilidades de interação dialógica entre os poderes. As tensões encontradas, na contemporaneidade, entre

uma atuação mais forte do Judiciário, seja em face do Executivo, seja em face do parlamento, são explicadas por estratégias semelhantes, recorrendo-se a argumentos que estão localizados na obra dos autores clássicos examinados neste capítulo. Por esse motivo, a fim de separar a presente análise dos estudos realizados no capítulo seguinte, optou-se por aglutiná-las sob a expressão “teoria estática da separação dos poderes”.

Há diversos embates que buscam localizar os primórdios desta teoria na Antiguidade. Desse modo, a primeira seção deste capítulo apresenta o exame dos excertos de autores da Antiguidade Clássica, tais como Aristóteles, Políbio e Cícero, examinando-os sobre as lentes das interpretações modernas. Busca-se, assim, investigar a pertinência da associação do princípio ao constitucionalismo antigo.

Na segunda seção, examina-se o pensamento de Jonh Locke e a sua contribuição para o princípio da separação de poderes, especialmente a compreensão do poder federativo, da composição de um equilíbrio entre Parlamento-Executivo e do significado que a supremacia parlamentar adquire em sua obra.

A terceira seção dedica-se aos estudos de Montesquieu, considerado, por alguns, como o autor originário da ideia moderna da separação de poderes. Surge, nesse momento, aspectos relevantes para a montagem da engenharia oitocentista deste princípio, tal como o aparecimento do Poder Judiciário e uma maior diferenciação do que hoje são os três poderes- Legislativo, Executivo e Judiciário.

Completa esse ciclo o estudo de três autores-Madison, Jefferson e Hamilton, especialmente a partir da obra “Os Federalistas”. A investigação do embate travado entre federalistas e antifederalistas, bem como dos pontos de discordância desses autores, denotam o quanto a interpretação tem um papel fundamental na construção da história desta teoria; exemplificadamente, os mesmos trechos da obra de Montesquieu são citados ora para afirmar uma separação pura dos poderes, ora para negá-la, fortalecendo uma tese de interação e controle recíproco.

2.2- A origem dos fundamentos teóricos do princípio da separação de poderes: desmistificando a tese do constitucionalismo antigo

O princípio da separação de poderes foi instituído no âmbito das primeiras Constituições escritas que surgiram no Estado de Direito, conforme demonstrado no primeiro capítulo desta pesquisa. Trata-se, portanto, de um fenômeno moderno. A análise do constitucionalismo clássico americano, francês e inglês demonstra o quanto as obras dos contratualistas, especialmente Locke e Montesquieu, foram fundamentais para a positivação do princípio enquanto elemento de proteção das liberdades e organização do poder político limitado. Entretanto, diversos teóricos¹³ insistem em desvelar raízes do princípio já na Antiguidade, especialmente na Grécia e em Roma.

Nesse sentido, são vários os textos que referenciam o seguinte trecho da obra “A Política”, de Aristóteles:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo 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.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição.¹⁴

¹³ Esse é o caso de quase todos os manuais de direito constitucional e alguns textos mais monográficos. Cite-se, como exemplo o trabalho de Angela Pelicoli, Nuno Piçarra, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e, dentre diversos manuais, cita-se o do professor Alexandre de Moraes. In: PELICOLI, Angêla Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 43, n. 169, jan/mar 2006, p. 21-24; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251-252; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. p.407.

¹⁴ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 127

A partir deste trecho o autor faz um relato sobre o poder deliberativo, o poder executivo e o poder judiciário.

Ao poder deliberativo, competiria decidir sobre a guerra e a paz, sobre a realização ou o rompimento de alianças, sobre a elaboração de leis, sobre a prestação de contas aos magistrados e sobre a decretação de penas, tais como a de morte ou banimento. Eis, na visão de Aristóteles, o poder soberano que pode ser exercido por todos os cidadãos ou por funcionários, admitindo-se formas híbridas. “A Assembléia de cada Estado é diversa e observa as suas peculiaridades¹⁵.”

O poder executivo¹⁶ é exercido por magistrados, eleitos ou escolhidos por sorteio em conformidade com o tipo de governo. Aos magistrados competiria uma diversidade de funções que deveriam ser concedidas, unitariamente, a cada cidadão; entretanto, em cidades pequenas, diante da inviabilidade empírica, concedia-se a possibilidade do acúmulo de funções.

Em Aristóteles, a magistratura exerce um leque bastante diversificado de atribuições, tais como: a) ofícios relacionados à política urbana, incluindo-se as competências de abastecimento dos mercados, de administração dos edifícios públicos e privados e do cuidado com as ruas; b) ofícios associados à função de agrônomo ou guarda-florestal, magistrado que possui competências fora da cidade; c) a função de tesoureiro ou recebedor, competente para gerir as rendas públicas; d) a função de arquivistas ou secretários, encarregados de receber os contratos privados, escrever os julgamentos dos tribunais e redigir as peças processuais usadas àquele tempo; e) funções relacionadas à execução das penas e a guarda da cidade, tais como o executor de sentenças condenatórias, o pregoeiro de bens apreendidos e o guarda de prisões; f) ofícios relacionados à guerra, assumidas por oficiais que possuem, igualmente, a competência de proteger as cidades em tempo de paz; as funções são diversas, podendo-se citar as seguintes: chefes estrategos ou polemicas, cavalaria, arqueiros, navarcas (funções ligadas à marinha), trierarcas, locagos, filarcas, dentre outros. Haveria, ainda, dentre os magistrados, um inspetor

¹⁵ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cap. XI, livro VI.

¹⁶ ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cap. XII, livro VI.

de contas, responsável por gerenciar todos aqueles que manejam recursos públicos. O Senado, Prolubia ou Consulta participaria das assembléias e seriam os magistrados competentes pela imposição de novos impostos, bem como pela arrecadação dos tributos existentes.

A variedade das magistraturas alcança os ofícios relacionados à guarda dos templos e das coisas sagradas. Em pequenas cidades, um único magistrado seria encarregado de todas as atribuições relacionadas a tais ofícios; em outras, tais funções seriam atribuídas à guardiões, tesoureiros e sacrificadores. Cita-se, ainda, os arcontes como magistrados que cuidariam dos sacrifícios públicos.

O Poder Judiciário seria composto de oito tribunais e juízes que poderiam ser escolhidos entre a universalidade de cidadãos ou destacados de uma determinada classe, mediante sorteio ou eleição, variando-se as formas de composição em conformidade com o tipo de governo. Os Tribunais seriam competentes para cuidarem da apreciação das contas e das condutas dos magistrados, para a análise das malversações financeiras, para os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição, para a análise e aplicação de multas, para os contratos entre particulares, para os casos de homicídio, para os negócios dos estrangeiros e para os casos (gerais) mínimos.

Ferreira Filho sintetiza a contribuição do pensamento aristotélico para a compreensão da separação de poderes no seguinte trecho:

Já se apontou que a separação de poderes tem raízes na Antiguidade. Nesta, aparece claramente a ideia de freios e contrapesos, combinada com a de divisão do exercício do poder. (...) É verdade que vêm alguns, na Política de Aristóteles, uma contribuição específica incorporada pela doutrina da separação dos poderes. Trata-se de uma classificação das funções desempenhadas pelo Estado, que transparece da sistematização das tarefas desempenhadas pelos diferentes órgãos que entre si dividiam o poder em Atenas. Na república ateniense, com efeito, havia uma Assembléia, à qual era deferida a função deliberativa, numerosos magistrados, que detinham o poder executivo, e juízes independentes que compunham o tribunal, os helialistas. Essa separação identifica três espécies: deliberação, execução e justiça. Em uma generalização. Haveria três funções inerentes à cidade-Estado: a deliberativa, a executiva e a judicial.

Essa classificação está, sem dúvida próxima da que a doutrina da separação dos poderes tomou por base. Há, entretanto, uma diferença essencial. A função deliberativa é mais ampla do que a função legislativa. Compreende, sim, legislar, mas também decidir da paz e da guerra, contrair alianças ou rompê-las, aplicar a pena de morte, de banimento e de confisco, bem como apreciar a prestação de contas dos magistrados.¹⁷

Embora seja possível observar uma referência à distribuição de funções no âmbito da obra aristotélica, há questionamentos teóricos substanciais que negam uma identidade entre o princípio moderno da separação de poderes e as reais inquietações materializadas nestes escritos. Assim, Loewenstein¹⁸ discorre que o constitucionalismo da Antiguidade não tinha como pedra angular o princípio da separação de poderes e a proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos, questões contextuais intimamente relacionadas ao desenvolvimento do princípio na teoria de Montesquieu no âmbito das primeiras constituições escritas que o positivaram. Vile ressalta que falta à teoria de Aristóteles um dos elementos fundamentais da teoria da separação de poderes que foi incorporada no constitucionalismo moderno- a impossibilidade de acúmulo de funções diversas na mesma pessoa. Assim, assevera:

In fact the guiding principle of the Athenian Constitution, the direct participation of all citizens in all functions of government, was directly opposed to any such doctrine. Thus Aristotle asserted that "Whether these functions—war, justice and deliberation—belong to separate groups, or to a single group, is a matter which makes no difference to the argument. It often falls to the same persons both to serve in the army and to till the fields"; and more specifically, "The same persons, for example, may serve as soldiers, farmers and craftsmen; the same persons again, may act both as a deliberative council and a judicial court."¹⁹

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.251-252. Grifo nosso.

¹⁸ LOEWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel, 1970. p.56.

¹⁹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.27. Grifo nosso. Tradução livre: Na verdade, o princípio norteador da Constituição ateniense, a participação direta de todos os cidadãos em todas as funções do governo, foi completamente contrário a qualquer doutrina. Assim, Aristóteles afirmava que "Se estas funções - guerra, justiça e deliberação - pertencem a grupos distintos, ou a um único grupo, é uma questão que não faz diferença para o raciocínio. Normalmente, pertence ao mesmo grupo a função de servir no exército e de lavar os campos ", e mais especificamente, "é possível que as mesmas pessoas, por exemplo, sirvam como soldados, agricultores e artesãos; é possível que as mesmas pessoas, mais uma vez, atuem tanto como um conselho deliberativo quanto um tribunal judicial.

Outros autores, embora neguem a identidade acima destacada, salientam outro horizonte de interpretação do constitucionalismo antigo: a riqueza da obra aristotélica, bem como de outros escritos, residiria na ideia da Constituição Mista, instituto fundamental para compreender o processo de moderação e divisão funcional existente no âmbito da Inglaterra, e não em uma divisão orgânica e funcional dos poderes. Nesse sentido, o trecho abaixo, extraído da obra de M.J.C. Vile, embora longo, é esclarecedor:

The doctrine of the separation of powers finds its roots in the ancient world, where the concepts of governmental functions, and the theories of mixed and balanced government, were evolved. These were essential elements in the development of the doctrine of the separation of powers.

(...)Thus the major concern of ancient theorists of constitutionalism was to attain a balance between the various classes of society and so to emphasize that the different interests in the community, reflected in the organs of the government, should each have a part to play in the exercise of the deliberative, magisterial, and judicial functions alike. **The characteristic theory of Greece and Rome was that of mixed government, not the separation of powers.**²⁰

No mesmo sentido, compreendendo a distribuição de poderes em Aristóteles pela via da Constituição Mista, Iain Stewart afirma:

Aristotle is concerned, however, that in this distribution of tasks all classes shall get a share and in that sense there will be a balancing of class interests. Albeit that the poor may participate only in deliberation and adjudication, and then only because otherwise they would surely turn into enemies. **There is, here, a further principle of distribution of power.**²¹

²⁰ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.9 e 27. Tradução livre: A doutrina da separação de poderes encontra suas raízes no mundo antigo, onde os conceitos de funções governamentais e as teorias de governo misto e equilibrado foram desenvolvidas. Estes foram elementos essenciais para o desenvolvimento da doutrina da separação de poderes.(...)Assim, a principal preocupação dos teóricos antigos do constitucionalismo era alcançar um equilíbrio entre as diversas classes da sociedade e, assim, enfatizar que os diferentes interesses da comunidade, refletidos nos órgãos do governo, deveriam ter, cada um, um papel parecido a desempenhar no exercício das funções deliberativas, magistras e judiciais. **A teoria característica da Grécia e de Roma era a de governo misto, não a separação de poderes.**

²¹ STEWART, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on separation of powers and rule of Law. *Macquarie Law Journal*, vl. 4, 2004, p. 196. Tradução livre: Aristóteles está preocupado, no entanto, que nessa distribuição de tarefas todas as classes devam receber uma cota, e, nesse sentido, haverá um equilíbrio de interesse de classes. Não obstante, os pobres devem participar apenas na deliberação e no julgamento, e, somente, porque caso contrário, eles iriam certamente se transformar em inimigos. **Está aqui um futuro princípio da separação de poderes.**

As Constituições mistas se contrapunham às puras e eram caracterizadas pelo fato das diversas classes sociais participarem do poder político de uma sociedade. Eram Constituições instaladas na denominada politéia mista, uma forma de governo²² que alternava elementos da democracia e da oligarquia. Tal governo seria, na visão dos antigos, o melhor regime para a polis, pois buscaria o bem comum e incluiria pobres e ricos. Tratava-se de um governo de moderação que, ao buscar a aproximação das diferentes classes, visava alcançar estabilidade, pela via do equilíbrio e do controle de facções exacerbadas as quais poderiam cometer vícios éticos. Assim, destaca Francisco Chagas:

A função principal de todo governo é proporcionar a realização da eudaimonia coletiva, que o Estagirita chama de bem comum. Este-o bem comum-será possível de ser realizado na forma de governo que se baseia no princípio do meio termo. O filósofo diz que a “virtude consiste em uma mediania” e visa o meio termo. Assim sendo, tanto na vida individual, como na vida coletiva, a virtude estará na moderação, no equilíbrio, que mantém as coisas eqüidistantes dos extremos, ora por carência e ora por excesso. Portanto, se os extremos são maléficos aos indivíduos, da mesmo forma serão prejudiciais à sociedade.²³

No mesmo sentido, Ferreira Filho assevera:

O realismo da Antiguidade tem como uma de suas manifestações mais patentes o reconhecimento da divergência entre os estamentos sociais: ricos, pobres e classe média. Disto, extrai o pensamento antigo uma primeira consequência, observada no plano dos fatos, a de que ora um deles, ora outro, prevalece na organização política. E uma segunda, que é uma lição: a prevalência de uma classe sobre as outras acarreta graves inconvenientes. Tudo isso aparece claramente na obra de Aristóteles. Daí a proposta de atenuar o conflito, impedindo o abuso de um dos estamentos, por meio de um governo misto, que ensejasse um certo equilíbrio entre os três.(...) Tal forma de governo seria a melhor, em termos do possível.²⁴

²² Aristóteles descreve seis formas de governo, sendo três corretas e três desviadas.

²³ CHAGAS, Francisco Aluzie Barbosa. A definição da politéia mista e a aplicação do princípio da justa medida ao problema da organização política em Aristóteles. *Pensar-Revista Eletrônica da FAJE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2012, p.70.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

Antônio Carlos Pojo do Rego²⁵, em importante estudo sobre a temática, assevera que já há uma compreensão de Constituição Mista na obra de Platão. Entretanto, reconhece que o grande sistematizador da temática na antiguidade foi Políbio²⁶. No mesmo sentido, afirma Ferreira Filho:

A grande consagração da ideia de governo misto é devida à Políbio, que a aplicou a Roma na história desta que escreveu. Nela, descreve a república romana como um governo misto: o elemento monárquico estaria no Consulado; o aristocrático, no Senado; e o popular, na participação popular nas votações-nos *Comitia*.²⁷

Políbio²⁸ foi influenciado pelas obras de Platão e Aristóteles; trata-se de um representante da reflexão política helenística, que viveu em um momento que o mundo grego passava por diversas transformações, especialmente a instauração do império macedônico ao qual coloca fim a hegemonia das cidades-Estados, permitindo uma maior interação entre culturas diversas, tais como a grega, a judaica e a egípcia²⁹.

Para Políbio, o sucesso ou o insucesso das ações de um povo depende de sua Constituição. A Constituição Romana era adequada por gerar um governo misto, síntese das vantagens da monarquia, representada pelos Cônsules, da aristocracia, identificada com o Senado, e da democracia, fundada no respeito dos direitos dos cidadãos daquela época. Tal como Aristóteles, Políbio separa os governos entre corrompidos³⁰ e justos, mas apresenta um outro critério: os governos corrompidos seriam fundados na força e na arbitrariedade e os governos justos no consenso e na

²⁵ REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981. P.97.

²⁶ Bobbio destaca que a tese fundamental de Políbio é a do governo misto. Assim, Políbio visaria um sistema de balanceamento entre Cônsules, patrícios e plebeus a partir da atribuição de iguais direitos e da neutralização de um poder pelo outro. In: BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: Editora da UnB, 1997.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.13.

²⁸ Políbio viveu entre 201-112 a.c. Era grego de nascimento, embora tenha vivido em Roma. Sua obra é intitulada História da Conquista Românica no Mundo Helênico.

²⁹ MACIEL, Marcelo Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da Ciência Política. In: Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge. (Org.). *Curso de Ciência Política: Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 3ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 1-26

³⁰ Os governos corrompidos são a tirania, a oligarquia e a oclocracia (substituto da demagogia de Aristóteles) e os governos justos são o reino, a aristocracia e a democracia.

legalidade. Inspirado em Platão, Políbio compreende a ocorrência desses governos a partir de ordens cíclicas, processos naturais e inevitáveis:

Talvez a teoria da transição natural de um tipo de Constituição para outra esteja exposta de forma mais completa nas obras de Platão e nas de alguns outros filósofos. Todavia, como a teoria aparece em tais fontes de uma forma muito complexa, e se fazem discussões por demais longa sobre elas, é acessível a poucos leitores.³¹

Assim, através destes ciclos, é possível afirmar que a um governo justo, pela degeneração, sucederá um governo injusto; nesse contexto, chega-se do reino à tirania; da tirania à aristocracia; da aristocracia à oligarquia; desta à democracia e, finalmente, à orocracia, reiniciando-se o círculo vicioso.

A compreensão dos ciclos e da inevitabilidade da decadência são relevantes para a percepção da defesa deste autor em relação às Constituições Mistas. Nesse sentido, a estabilidade, não confundida com eternidade, poderia ser alcançada com uma Constituição que representasse o melhor das Constituições puras do modelo monárquico, democrático e aristocrático. Maciel afirma:

De acordo com Políbio, o principal objetivo que uma constituição política deve almejar é a estabilidade, pois só com ela a constituição pode, de fato, cumprir sua função, que é estabelecer uma ordem na vida social. **Nesse sentido, até mesmo as constituições por ele classificadas como boas seriam problemáticas, porque seriam todas instáveis, não conseguindo escapar ao processo de degradação natural.** A razão para isto reside no fato de que são formas simples, tais como as suas formas corrompidas correspondentes. A solução proposta por Políbio é a constituição mista, em que estejam combinadas as três formas boas. Nas palavras do próprio Políbio: “Está claro, de fato, que precisamos considerar ótima a constituição que reúne as características de todas as três formas”

Um governo misto é aquele que faz coexistirem os princípios monárquico, aristocrático e democrático, o que é possível quando existe um rei sujeito ao controle do povo, sendo o povo, por sua vez, controlado por um senado. **O caráter misto da constituição lhe confere estabilidade, isto é, maior duração e capacidade de resistir a mudanças.** Isto, porém, não a torna eterna, o que significa que, em última instância, nem mesmo os governos mistos estão

³¹ POLÍBIO. *História da Conquista Românica no Mundo Helênico*. Parágrafo 5. Parte da obra traduzida encontra-se no anexo no artigo de Antônio Carlos Pojo Rego. In: REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981. Anexo.

livres do destino inescapável de tudo o que existe, que é a decadência. Até o Estado romano, que alcançou estabilidade e excelência devido à sua estrutura mista (na qual o poder era repartido entre os cônsules, o Senado e o povo), estaria sujeito à lei natural e, portanto, após a ascensão, expansão e glória, passaria pelo declínio e a destruição.³²

Um outro ponto importante da obra de Políbio são os controles estabelecidos em cada uma dessas composições. Assim, nos parágrafos XII a XIV, livro VI, da sua obra³³, Políbio demarca a interdependência entre cada um dos órgãos, bem como a possibilidade de se alcançar um equilíbrio mediante o estabelecimento de controles recíprocos. Assim, exemplificadamente, os Cônsules dependiam das Assembléias para ratificar ou anular os tratados que celebrava; igualmente, eram carecedores de uma permissão do Senado para aprovisionar os exércitos; as formas de contenção³⁴ continuavam a ocorrer a partir de um intricado sistema de interação que também fazia a Assembléia depender do Senado e dos Cônsules, bem como o Senado depender da Assembléia.

As ideias de Políbio serão desenvolvidas por Marco Túlio Cícero no seu tratado sobre a coisa pública (*De re publica*). Cícero vai retornar a idéia dos ciclos de Políbio e da Constituição Mista. Através de um diálogo entre Cipião e Lélíio, Cícero demonstra a defesa pela Constituição Mista, descrevendo o êxito de Roma em alcançá-la³⁵.

Claramente, os três autores acima destacados- Aristóteles, Políbio e Cícero- procuraram uma forma de governo que poderia levar à estabilidade naquele

³² MACIEL, Marcelo Costa. A contribuição do pensamento antigo e medieval para o desenvolvimento da Ciência Política. Grifo nosso. In: Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge. (Org.). *Curso de Ciência Política: Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 15.

³³ POLÍBIO. *História da Conquista Românica no Mundo Helênico*. Parágrafo 5. Parte da obra traduzida encontra-se no anexo no artigo de Antônio Carlos Pojo Rego. In: REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981. Anexo.

³⁴ Rego descreve, analiticamente, um quadro de interação entre as atividades de cada um dos órgãos que representam a Constituição Mista. In: REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981. p.108.

³⁵ LOSSO, Tiago. Sobre o elemento monárquico na idéia de Constituição Mista. In: *VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política*, 2012, Gramado. Anais do VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2012.

contexto. A Constituição Mista parecia a fórmula histórica que poderia gerar tal equilíbrio, especialmente por refletir a ideia de um governo sem vencedores³⁶.

Na visão de Fioravanti³⁷, a compreensão de Constituição Mista permanecerá no âmbito do Medievo, mas com uma proposta diferenciada. Nesse mesmo sentido, Cattoni de Oliveira adverte:

Essa idéia de uma constituição mista permaneceria presente nos debates constitucionais da Idade Média, principalmente a partir do século XI, mas muita coisa seria alterada em seu significado anterior. Lembrando-se da imensa diversidade que marca o Medievo e que torna difícil, e mais do que nunca incompleto, qualquer tipo de estudo sobre esse período, pode-se, ainda assim, arriscar alguns comentários sobre o que seria uma constituição medieval.

Como dito, a característica mista da constituição se mantém, da mesma maneira como ela continua sendo entendida como auto-representação da sociedade e de seus componentes fundamentais. No entanto, se os antigos a viam como uma ordem política ideal, a Idade Média a toma como uma ordem jurídica dada, não como algo a ser buscado, mas sim preservado. Se a constituição mista dos antigos deveria legitimar a existência de fortes poderes públicos reconhecidos como existentes no seio social, para a Idade Média ela possuía o papel fundamental de limitar intrinsecamente esses mesmos poderes.

(...)Em síntese, para os antigos a constituição aparece como um projeto de disciplina social e política, praticamente desprovida de um sentido jurídico-normativo. Para os que sobre ela refletiram na Idade Média, embora mantivesse um caráter social e político, emergia com destaque seu teor normativo, como ordem jurídica dada, compreendida pelo conjunto amplo de acordos e pactos, de natureza privada em sua maioria, internos à própria sociedade e destinados à manutenção da estrutura estamental vigente.³⁸

A distinção entre as atividades do Poder Executivo e do Poder Legislativo não encontrava um cenário favorável para o seu desenvolvimento na Idade Média, já que, durante um longo período, a atividade de legislar era fundamentada a partir de razões teocêntricas, considerando-se a elaboração da lei como um ato de revelação

³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, GOMES, David Francisco Lopes. Novas Contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 53, jul-dez de 2008.p. 240.

³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

³⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, GOMES, David Francisco Lopes. Novas Contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 53, jul-dez de 2008.p. 240-241

do direito divino. A distinção começa a ocorrer, de forma mais clara, com o surgimento dos Paramentos.

Wanderley Guilherme dos Santos³⁹, ao analisar o surgimento dos parlamentos durante o final da Idade Média, destaca que tais agremiações não foram fruto de um projeto político ou jurídico elaborado por um grande teórico e nem decorreram de um mero impulso agregacionista; assim, explicando o funcionamento dos parlamentos àquela época, demonstra a proximidade da sua atuação com a lógica do governo misto. Nesse sentido, os parlamentos eram uma espécie de mediação que favoreciam a confirmação de contratos entre as Assembléias, em nome do povo, e o rei.

Já apresentado o delineamento da idéia de Constituição Mista no âmbito do constitucionalismo antigo, é importante rememorar que, para uma parte dos autores contemporâneos, é somente a compreensão contextualizada deste instituto que poderia atrelar algum tipo de herança do passado ao que veio a ser convencionado, modernamente, como o princípio da separação de poderes.

Though the theory of mixed government is not logically connected with the theory of the separation of powers, the former theory provided suggestive ideas which formed the basis of the new doctrine. Both theories are concerned with the limitation of power by instituting internal checks within the government. The terminology of the “powers” of government came to be applied both to the representative organs of mixed government, and to the functionally divided agencies of the separation of powers. The threefold mixture of monarchy, aristocracy, and democracy was a particular case of a general theory of limited government, in which the people exercised a check upon the monarch, or some other combination of powers prevented the dominance of a single person or group.
 (...)The importance of the ancient theory of mixed government for our theme, therefore, is its insistence upon the necessity for a number of separate branches of government if arbitrary rule is to be avoided.
 (...)**The theory of mixed government opposed absolutism by the prevention of the concentration of power in one organ of the State, and the doctrine of the separation of powers starts from the same assumption.**⁴⁰

³⁹SANTOS, Wanderley Guilherme dos. O sistema oligárquico representativo na primeira república. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vl. 56, n.01, 2013, p.20-21.

⁴⁰ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.37-38. Grifo nosso. Tradução livre: Apesar da teoria do governo misto não estar logicamente conectada com a teoria da separação de poderes, a teoria antiga forneceu idéias sugestivas que formaram a base da nova doutrina. Ambas as teorias estão preocupadas com a limitação do poder através da instituição de controles internos dentro do governo. A terminologia de “poderes” de

Ainda assim, parte da literatura especializada rechaça essa conexão, especialmente pelo desenvolvimento, bastante diverso, que o princípio da separação de poderes ganhou a partir do século XVIII nas suas primeiras formulações, as constituições escritas do Estado de Direito Liberal.

Não obstante, retomando a identidade substancial desta subseção- a investigação de antecedentes do princípio da separação de poderes - é ainda possível relatar a existência de referências a este, ainda que não aprofundadas, na obra de outros autores clássicos que antecederam aos escritores referenciados, especialmente naqueles que contribuíram para o desenvolvimento da compreensão de soberania. Assim, por exemplo, Bodin, ao elaborar o seu tratado sobre a soberania, demarcou que o Monarca tinha autoridade para dar novas leis a seu povo.

Assim, na obra *Defensor Pasis*, de Marsílio de Padua, há uma distinção entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, fundada na separação entre povo e príncipe. Vile afirma:

The work of Marsilius of Padua in the fourteenth century shows clearly this connection between the emergence of the concept of the legislative and executive functions and the ending of the medieval approach to the nature of law. A little earlier, Aquinas had used the distinction, taken from Aristotle and Cicero, between the ruler's functions of laying down the law and of administering the political community, but Marsilius went much further by placing the legislative power clearly in the people, and by rejecting the view that positive law must conform to a higher law. The legislative power thus becomes a genuine power to make laws, laws which are seen as the commands of the law-making authority.⁴¹

governo veio para ser aplicada tanto aos órgãos representativos do governo misto, quanto aos demais. A mistura tríptica da monarquia, aristocracia e democracia era um caso particular de uma teoria geral de governo limitado, no qual o povo exercia um controle sobre o monarca, ou alguma outra combinação de poderes impedia o domínio de uma única pessoa ou grupo.(...) A importância da antiga teoria do governo misto para o nosso tema, portanto, é a sua insistência sobre a necessidade de uma série de departamentos separados de governo para que o um governo arbitrário seja evitado. (...) **A teoria do governo misto contrariou o absolutismo por meio da prevenção da concentração de poder em um órgão do Estado, e a doutrina da separação de poderes começa a partir do mesmo pressuposto.**

⁴¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.30. Tradução livre: A obra de Marsílio de Pádua, no século XIV, mostra claramente essa conexão entre o surgimento do conceito das funções legislativa e executiva, e o fim da abordagem medieval à essência da lei. Um pouco mais cedo, Tomás de Aquino tinha usado a distinção, realizada

Assim, na visão de Vile, o pensamento moderno da distinção dos poderes através da separação das funções já encontra um fundamento relevante na obra de Marsílio de Pádua, embora o autor não diferencie a função executiva da judiciária. Destaca, porém, que não há nesta obra uma preocupação com a limitação do poder ou com a defesa das liberdades, mas apenas de uma melhor eficiência do governo daquela época.

Posteriormente, Maquiavel⁴², na obra “O Príncipe”, vai elogiar a forma de governo francesa, pela separação que ali existia entre algumas funções que não eram concentradas na pessoa do Príncipe. Nesse sentido, a autor ressalta que os príncipes não deveriam concentrar todas as atividades em si; a execução das penas deveria ser uma atividade realizada por outrem a fim de preservar o príncipe.

Na obra de outros importantes autores que eram influentes àquele período, tal como Hobbes⁴³, não há um desenvolvimento da compreensão do que viria a ser a distribuição orgânica e funcional dos poderes. Assim, ainda que existissem colaboradores dos monarcas que exerciam os reinos no final da idade Média, era a vontade deste que prevalecia, não havendo um sistema de divisões e contenções tal qual foi concebido nas primeiras etapas do constitucionalismo moderno. Rapnapala⁴⁴, nessa direção, afirma que haviam três níveis de participação popular no âmbito dos atos do príncipe. Ora o príncipe atuava sozinho, ora com o auxílio de um Conselho de Representantes, ora com o auxílio de magistrados. Assim, ainda que o Rei pudesse contar com um corpo de funcionários que pela execução de mandatos e pela letra da justiça (os magistrados), estes eram a própria encarnação da vontade do príncipe⁴⁵. Tal fato explica-se pelo contexto histórico social e político

a partir de Aristóteles e Cícero, entre as funções do governante de estabelecer a lei e de administrar a comunidade política, mas Marsílio foi muito mais além ao colocar o poder legislativo claramente no povo, e ao rejeitar a visão de que o direito positivo deve estar em conformidade com uma lei superior. O poder legislativo torna-se, assim, um verdadeiro poder de fazer leis, leis que são vistas como os comandos da competência legislativa.

⁴² MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

⁴⁴ RAPNAPALA, Suri. John Locke's Doctrine of the separation of powers: A Re-avaluation-The Medieval Separation of Powers. *The American Journal of Jurisprudence*, 1993.

⁴⁵ Aí está um ponto importante para compreender o repúdio que existia à figura dos juízes, já existente na França pré-revolucionária. Não se viam os magistrados como membros de um poder independente e autônomo, mas como a manifesta vontade do governante, a qual obedecia independente do fundamento de justiça das suas ordens.

vivenciado naquele período- a existência de Estados absolutistas e a necessidade de justificação da concentração do poder ilimitado nas mãos do soberano.

Realidade diversa deste contexto vivenciará a Inglaterra. A Magna Carta de 1215 já demonstra a tentativa de contenção do poder do Monarca e da adoção de um modelo de Constituição Mista naquele contexto. O *King in Parliament* reunia o Monarca, a Câmara dos Lords (nobreza) e a Câmara dos Comuns, mesclando os diversos estamentos ali então existentes. Eram os três estratos responsáveis pelas função legislativa⁴⁶, praticamente atrelada à questão de impostos àquele momento. Os séculos posteriores demonstraram o crescimento do parlamento inglês, em contraposição à uma realidade que se espalhava pela Europa ao final da idade média e início da Modernidade- o crescimento das monarquias absolutas. Essa tensão, monarquia limitada ou governo ilimitado, foi vivenciada pela Inglaterra em três grandes lutas históricas no século XVII, o que contribuiu para a modelagem do Estado Constitucional inglês. É neste cenário que pode-se destacar as contribuições para o desenvolvimento daquilo que, no século XVIII, ficou conhecida como a teoria da separação dos poderes. Vile ratifica esse posicionamento, exaltando a importância da Inglaterra setecentista para o desenvolvimento do princípio da separação de poderes. Um dos principais autores desse período, John Locke, será analisado na próxima seção.

Chegando-se ao final dessa seção, pode-se observar que diversos teóricos tentam buscar uma origem do atual princípio da separação de poderes no constitucionalismo antigo. De um lado, alguns autores enxergam na distribuição de funções mencionada nas obras de Aristóteles o elemento fundante do princípio aqui analisado. Outro segmento teórico, busca na compreensão de Constituição Mista o grande fundamento que levaria ao desenvolvimento da ideia moderna de separação de poderes, especialmente porque residiria aí a construção do *King in Parliament*.

Ressalta-se, todavia, que não é possível, no paradigma científico contemporâneo, afastarmos a dimensão hermenêutica deste processo histórico. Assim, não é plausível, em termos científicos, buscar uma aproximação do princípio da separação de poderes, na dimensão contemporânea, com a distribuição de

⁴⁶ Ressalte-se que a produção legislativa era bem restrita por este órgão, já que boa parte do direito decorria da atuação dos tribunais na via da *Common Law*.

funções deferida por Aristóteles como se, no tempo presente, houvesse apenas a repetição da expressão já elaborada no passado⁴⁷. Isso também se aplica à ideia de Constituição Mista ou governo misto. Nesse sentido, negando essa identidade da Constituição Mista com a compreensão do princípio no tempo presente, assevera Mendes:

Na sua origem, a constituição mista corresponde à mescla das formas simples de governo (governo de um, de poucos e de muitos). Buscou promover um equilíbrio de forças que emergiam dos “impulsos da realeza, da aristocracia e do povo”. Dito de outro modo, surgiu como um ideal de equilíbrio de poderes entre diferentes grupos dentro de uma sociedade hierarquizada e estamental. Não estava associada, ainda, a um esquema de divisão de funções institucionais, ao modo dos freios e contrapesos. Pressupunha uma sociologia (uma certa organização social). (...) Essa tradição tem dificuldades de se compatibilizar com o advento do estado soberano moderno. Hobbes, por exemplo, rejeita-a e defende a necessidade de um último soberano que combata a os perigos do vácuo.⁴⁸

O tempo histórico não é um tempo linear e a função da historiografia não é criar uma narrativa global, harmônica, com ares de verdade absoluta e neutra que permitira a construção de identidades estáticas do passado e do presente. Com Koselleck⁴⁹ é possível unir a hermenêutica à uma metodologia científica que permita a compreensão do presente sobre um olhar contextualizado do passado, observando a história dos conceitos. Com propriedade, Carvalho Netto⁵⁰ argumenta pela impropriedade de uma ciência fundada na neutralidade científica e na interação do cientista com o seu objeto de estudo.

Portanto, a interpretação dos substratos modernos do princípio ora em análise demonstram a inadequação de se destacar, como pedra fundamental deste, o constitucionalismo antigo.

⁴⁷ Na última seção do capítulo III, apresentar-se-á um argumento semelhante trabalhado por Marcelo Neves que, em artigo monográfico, critica a tese de que a compreensão moderna de esfera pública tem a sua origem na polis grega.

⁴⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.178.

⁴⁹ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.

⁵⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003, p. 81-108.

As abordagens traduzidas no âmbito das primeiras constituições escritas sobre o princípio da separação de poderes foram extraídas de uma leitura ressignificada de cinco importantes teóricos do Século XVII e XVIII-Locke, Montesquieu, Hamilton, Jefferson e Madison. As três próximas subseções buscarão demonstrar como os argumentos desses autores, na experiência do constitucionalismo democrático, foram substanciais para a edificação da teoria da separação dos poderes.

2.3- A compreensão do princípio na obra de Locke

A concepção moderna do princípio da separação de poderes está correlacionada aos movimentos revolucionários que, no século XVII e XVIII, acabaram por edificar uma forma de limitação do poder político, originando o denominado Estado de Direito. No plano teórico, observa-se que as obras estatuídas pelos Contratualistas vão iluminar os movimentos destacados, contribuindo para o desenvolvimento do arcabouço normativo e institucional assumido pela Inglaterra, França e Estados Unidos da América no período pós-revolução.

Destaca-se, porém, que as ideias originariamente postas por tais autores nem sempre tiveram uma fiel identidade com os documentos jurídicos que surgiram neste período- A Constituição francesa e a Constituição norte-americana. Nesse sentido, frisa-se, novamente, a centralidade assumida pela hermenêutica na apropriação deste princípio pelos revolucionários. Pode-se afirmar que a leitura do princípio da separação de poderes positivado nas primeiras constituições escritas, embora tenha sido elaborada a partir das obras de autores como Locke e Montesquieu, ganhou, com as revoluções, contornos próprios, incapazes de serem desvelados numa visão estrita da obra lockeana ou do barão de *la Brède*.

Locke vivenciou um período na Inglaterra em que havia uma tensão entre o sistema estabelecido pelo *King in Parliament*, já descrito na seção anterior, e as tentativas de conformação de uma monarquia essencialmente absolutista. Nascido

em Wrington, na Inglaterra, a biografia de Locke⁵¹ desvela alguns elementos importantes descritos no âmbito do conjunto da sua obra. Locke ocupou diversos cargos e funções políticas, além de exercer atividades docentes em Oxford. Assim, em 1673, foi Secretário do Conselho do Comércio e da Agricultura, oportunidade em que foi responsável pelo esboço das Constituições fundamentais do Estado da Carolina. Antes de publicar os seus escritos que tiveram destaque na história ocidental, o escritor viveu exilado na Holanda entre 1683 e 1689⁵², retornando à Inglaterra somente após o triunfo da Revolução Gloriosa. Foi no exílio que Locke desenvolveu várias de suas propostas de maior repercussão. Sobre as motivações do exílio, Gough destaca que Locke não estava diretamente vinculado às conspirações de Lord Ashley, Conde de Shaftesbury, amigo e responsável pela nomeação de Locke à função destacada. Entretanto, pela proximidade com Shaftesbury, claramente opositor da dinastia àquele momento presente na Inglaterra, Locke foi posto em suspeição. Seu pensamento, em conjunto, não possui uma ordem sistemática. Escreveu sobre diversos assuntos: o espírito, o conhecimento, as crenças, a moral e a política, as escrituras e a religião. As suas ideias sobre a política tinham ressonância em obras de predecessores, menos conhecidos. Assim, assevera Gough:

No geral, suas idéias políticas não eram originais, seja em sua estrutura principal ou nos detalhes, e podem ser encontradas semelhanças óbvias entre seus argumentos e aqueles de Milton, Algernon Sidney e vários outros predecessores menos conhecidos. Mas isso não significa que ele tenha derivado suas idéias dos deles, e de fato ele declarou mais tarde que nunca tinha lido os Discursos sobre o governo de Sidney. Com exceção de algumas passagens de Barclay próximo ao final do Segundo tratado, a única obra que Locke citou extensivamente foi Leis da política eclesiástica, de Richard Hooker. Hooker foi um expoente da mesma tradição no pensamento religioso e político inglês a que se vincularam depois os platônicos de Cambridge e o próprio Locke; mas seria um erro considerar Hooker como a única ou mesmo a principal fonte das idéias de Locke, pois escolhendo-o para suas citações, Locke pode bem ter sentido que ele estava apelando para uma autoridade altamente respeitada que valeria para seus oponentes anglicanos e Tories.

(...)A importância de seu pensamento não é ter sido original ou particularmente radical ou avançado, mas ter resumido e

⁵¹ Para Gough, três elementos são fundamentais para compreender as obras de Locke: sua educação puritana, suas ligações com os Whigs e seu exílio. Vide GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes.

⁵² BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p.183.

consolidado a obra de toda uma geração ou mais de pensadores políticos.⁵³

Alguns dos seus livros, incluindo-se os dois tratados sobre o governo civil, foram publicados, primeiramente, de forma anônima. No primeiro tratado sobre o Governo Civil, publicado em 1640, Locke busca atacar as ideias propostas por Robert Filmer em “O Patriarca”. Na visão de Gough⁵⁴, embora tenha dirigido a sua crítica a Filmer, Locke era um leitor e conhecedor profundo de Hobbes e era esse o seu alvo, embora, pelas influências de Hobbes na Corte, Locke nunca tenha atacado-o diretamente. O Segundo Tratado explicita, inicialmente, a compreensão de Locke sobre o estado da natureza, conforme será descrito abaixo.

Considerado como o fundador do liberalismo político⁵⁵, Locke⁵⁶ vai se opor ao inatismo cognitivo, demonstrando a importância da experiência para a aquisição do conhecimento humano; assim, na simbologia de um papel em branco, Locke metaforiza a mente, discorrendo que o preenchimento deste vazio advém de reflexões e sensações oriundas da experiência. O autor também não concorda com o inatismo moral; embora com explicações diversas da oposição à um inatismo teórico, Locke aponta para os perigos daquele⁵⁷ e assevera sobre a possibilidade de se justificar as regras morais.

Segundo a mesma estrutura que orientou as obras contratualistas que foram elaboradas naquele período, Locke vai trabalhar com o binômio estado da natureza/estado civil. Entretanto, ao contrário da leitura hobbesiana, o estado da natureza em Locke não é caracterizado por uma guerra constante e não se trata de uma situação hipotética, mas historicamente real⁵⁸. Para o autor, poderia-se observar o estado da natureza no passado da história da humanidade. Nesse

⁵³ GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes. Grifo nosso. p.6.

⁵⁴ GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes. p.6.

⁵⁵ GRONDONA, Mariano. *Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick*. São Paulo: Mandarim, 2000.

⁵⁶ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1999.

⁵⁷ PRADEAU, Jean-François. *História da Filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2011. p.249.

⁵⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. Nota de rodapé n. 05.

contexto, os homens viveriam sob a égide das leis da natureza⁵⁹ e seriam livres para fazer ou deixar de fazer o que quiserem dentro dos limites impostos por tais normas. No estado da natureza, os bens necessários à sobrevivência estão plenamente disponíveis; a apropriação destes bens para a própria subsistência de qualquer um ou para a manutenção do grupo social propiciaria o surgimento do direito de propriedade, categoria fundamental para compreender a obra de Locke.

Ressalta-se que, embora destaque a compreensão da propriedade no estado da natureza, para Locke tal direito não é desenhado de forma ilimitada; a apropriação do homem no estado da natureza só se justifica se este deixar bens em quantidade suficiente para que outros também possam usufruí-los. Todos os homens, como iguais, podem aproveitar desta natureza, sem se submeter ao crivo do poder de outrem.

Entretanto, ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, **ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens.**

(...) **cabe a cada um, neste estado, assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem** com penas suficientes para punir as violações. Pois de nada valeria a lei da natureza, assim como todas as outras leis que dizem respeito aos homens neste mundo, se não houvesse ninguém que, no estado de natureza, tivesse poder para executar essa lei e assim preservar o inocente e refrear os transgressores. E se qualquer um no estado de natureza pode punir o outro por qualquer mal que ele tenha cometido, todos podem fazer o mesmo.⁶⁰

Assim, é a luta pela sobrevivência que leva à origem do direito de propriedade. Trata-se de um direito que antecede o surgimento da sociedade civil e deve ser respeitado, no âmbito desta, pelo Estado. Os bens adquiridos pelo esforço de cada indivíduo não podem ser esbulhados por outrem; eis um dos princípios da

⁵⁹ Locke reconhece três tipos de normas: as leis da natureza, reveladas por Deus ou pela razão, as leis civis, impostas pelos magistrados e as leis de opinião, que exigem determinados comportamentos em decorrência de códigos de conduta predominantes no âmbito da sociedade.

⁶⁰ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes. Grifo nosso. parágrafo 6.

lei da natureza. Nesse contexto, pode-se afirmar que a lei da natureza tem dois princípios fundamentais: a) não é permitido ao homem destruir a si mesmo ou as suas posses; b) não se pode causar dano à outrem ou às suas posses. A inviolabilidade proposta pela segunda lei da natureza é resguardada por cada indivíduo; não há um terceiro que, assumindo a função de um juiz imparcial, possa dirimir conflitos que decorram da contrariedade a tais regras. Assim, podendo mover-se contra o seu agressor para defender a sua propriedade, aquele que se viu molestado, violentado, pode instaurar o estado de guerra. Para evitar tal situação é que os homens se aglomerariam e passariam a viver em sociedade, submetendo as suas demandas à uma autoridade comum. Se os homens, no estado da natureza, pudessem conservar uma vida pacífica, não haveria, na visão do autor, a necessidade de instauração das magistraturas ou da política⁶¹.

A sociedade civil apresenta-se, assim, como uma evolução do estado da natureza, um aperfeiçoamento que permite a defesa do direito de cada um e de todos. Bittar faz uma síntese bastante esclarecedora das principais características do estado civil em Locke, capazes de diferenciá-lo do estado da natureza:

(...) a sociedade política ou civil implantou-se a partir da instituição de certas características que a peculiarizam, que a distinguem e que a diferenciam: a) possibilidade de punir seus membros; b) perda do poder natural por parte de seus membros; c) atribuição de poderes, por parte de seus membros, às mãos da sociedade, para que decida conforme as leis por ela estabelecidas; d) exercício do direito de soberania; e) constituição de um poder e de uma autoridade julgadora da diferença entre os indivíduos; f) decisão de pendências e contendas por alguém que executa as leis; g) exercício de punição contra atos atentatórios à sociedade em geral ou seus indivíduos. Em contraste, embora tenha-se fundado a sociedade civil, o estado da natureza pode existir, uma vez que onde existam pessoas, esse convívio estabeleça-se na base: a) da ausência de leis positivas; b) do julgamento e execução de suas próprias medidas pelos próprios indivíduos envolvidos nas contendas.⁶²

A passagem do estado da natureza para o estado civil não vai acontecer mediante atos de opressão ou violência; dessa forma, o contrato social em Locke é materializado pela compreensão de um consentimento tácito feito por cada partícipe,

⁶¹ GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes.

⁶² BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p.191.

que passa a integrar um único corpo político, aceitando as regras sociais e a autoridade determinadas pela vontade da maioria, a fim de se evitar a destrutividade de um potencial estado de guerra. É possível, também, ver em Locke uma justificação da necessidade da sociedade política na compreensão da natureza associativa do homem⁶³. Locke reconhece a diversidade de formas de governo que podem ser assumidos no estado civil; entretanto, destaca que haveria um ponto de compartilhamento em qualquer Estado: a conservação da propriedade. É importante destacar que a noção de propriedade é bem ampla no âmbito das investigações de Locke, apresentando-se como sinônimo das liberdades naturais.

Neste cenário, Locke vai abordar a existência de três poderes- o legislativo, o federativo e o executivo propriamente dito. Não há, em sua teoria, uma posição equitativa entre tais poderes, pois o Poder Legislativo ocupa uma posição de supremacia, embora sujeito às limitações estabelecidas no contrato social. Assim, Weffort assevera:

Definida a forma de governo, cabe igualmente à maioria escolher o poder legislativo, que Locke, conferindo-lhe uma superioridade sobre os demais poderes, denomina de poder supremo. Ao legislativo se subordinam tanto o poder executivo, confiado ao príncipe, como o poder federativo, encarregado das relações exteriores (guerra, paz, alianças e tratados). Existe uma clara separação entre o poder legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo, de outro lado, os dois últimos podendo, inclusive, ser exercidos pelo mesmo magistrado.

Em suma, o livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, o livre consentimento da comunidade para a formação do governo, a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do executivo pelo legislativo e o controle do governo pela sociedade, são, para Locke, os principais fundamentos do estado civil.⁶⁴

Quanto às limitações aplicadas ao Poder Legislativo, Nascimento sistematiza:

Para Locke, o poder legislativo tem supremacia em relação ao executivo, sendo o depositário do poder supremo. Consequentemente, o legislativo é inalterável nas mãos de quem a comunidade o tenha delegado, fazendo com que cada membro da sociedade civil seja subordinado a obedecer ao que é decidido pelos legisladores, desde que não desrespeite o contrato estabelecido na

⁶³ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes. Parágrafo 77.

⁶⁴ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006. p.87.

passagem do estado de natureza à sociedade política. Porém, o legislativo é limitado da seguinte forma: 1) Não pode ser absoluto nem arbitrário sobre a vida das pessoas; 2) a autoridade legislativa não pode governar por meio de decretos arbitrários; 3) não pode se apropriar de nenhuma parte da propriedade do homem, sem o consentimento deste; 4) é impedido de transferir o poder de elaborar leis para outras mãos.⁶⁵

Vile destaca que a supremacia demarcada por Locke foi bastante criticada por teóricos que o sucederam e que tinham como referência a compreensão do equilíbrio entre as funções estatais. O trecho apontado como indicativo de uma subordinação dos demais poderes é o seguinte:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.⁶⁶

Para Vile a compreensão de subordinação não quer dizer que o Executivo seja um mero executor, uma espécie de mandatário do poder legislativo. Desse modo, estaria presente na idéia de subordinação a necessária interdependência que existe entre as atribuições conferidas ao executivo e ao parlamento.

In fact Locke took great pains to make it clear that no single agency of government is omnipotent, that the two main branches of the government, the legislature and the executive, do have an autonomous status.

(...)When he insisted upon the supremacy of the legislative power, Locke was clearly making two distinct points. First, the legislative function is prior to the executive, and the latter must be exercised according to the rules which result from the exercise of the former. This is, of course, an essential part of democratic theory. The supremacy of the law is certainly a part of the doctrine of the separation of powers. Second, Locke was saying that there is a clear sense in which the executive branch must be subordinate to the

⁶⁵ NASCIMENTO, Christian Lindberg L. Locke e a educação do magistrado. *Revista de Filosofia*, Amargosa, Bahia, v. 4, n. 2, dez, 2011. p.35.

⁶⁶ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o governo civil*. Petrópolis: Vozes. Parágrafo 150.

legislature. "For what can give Laws to another, must needs be superior to him."

(...) Again this is perfectly consistent with the doctrine; the executive must not make laws, he must carry out the commands of the legislature. But this is as far as Locke goes. **By legislative supremacy he does not mean that the executive is a mere office-boy, to be completely subordinated to the legislature in the exercise of his own functions.** On the contrary the power of the legislature is itself limited to the exercise of its own proper functions.⁶⁷

Waldron, analisando a supremacia parlamentar em Locke, afirma:

Penso que Locke (...) considerava o que chamamos nossa política, especificamente a nossa política legislativa (e a política eleitoral associada a ela), como o fórum primário em que ocorrem o nosso pensamento e a nossa discordância sobre justiça. É na legislatura que nossos representantes discutem sobre a justiça; é na legislatura que discordamos sobre a justiça, onde temos segundos pensamentos sobre a justiça, onde revemos nosso senso de justiça ou nos atualizamos. É por causa disso que Locke atribuiu tanta importância à instituição.⁶⁸

Na obra de Locke, há uma distinção clara de competências entre Legislativo e Executivo, embora seja dada ao Rei uma faculdade de participar do Legislativo, rejeitando, impedindo a legislação criada pelo Parlamento. Seria essa possibilidade que, dentro de uma lógica de equilíbrio, poderia colocá-lo em pé de igualdade com os outros dois braços do governo (a Câmara dos Lords e a Câmara dos Comuns). Na visão de Vile⁶⁹, essa compreensão de Locke será decisiva para a orquestração realizada no âmbito da Constituição Norte-Americana, onde o papel outrora entregue ao Rei seria dado ao Presidente, pela competência do veto.

⁶⁷ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.60. *Grifo nosso*. Tradução livre: Na verdade Locke fez um grande esforço para deixar claro que nenhum órgão do governo é onipotente, que os dois principais órgãos do governo, o legislativo e o executivo, têm um status independente. (...) Quando ele insistiu na supremacia do poder legislativo, Locke estava claramente fazendo duas observações distintas. Primeiro, a função legislativa é anterior à executiva, e esta deve ser exercida de acordo com as regras que resultam do exercício da primeira. Esta é, naturalmente, uma parte essencial da teoria democrática. A supremacia da lei é, certamente, uma parte da doutrina da separação de poderes. Em segundo lugar, Locke estava dizendo que claramente o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo. "Pois o que pode dar Leis para outro, deve necessariamente ser superior a ele." (...) Novamente, isto é perfeitamente consistente com a doutrina; o executivo não deve fazer leis, ele deve realizar os comandos da legislatura. Mas isto é o máximo onde Locke chega. Pela supremacia legislativa ele não quer dizer que o executivo é um mero office-boy completamente subordinado ao Legislativo no exercício de suas próprias funções. Pelo contrário, o poder do Legislativo é, limitado no exercício de suas próprias funções.

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.109

⁶⁹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.62.

Destaca-se que não se encontra, em sua obra, uma sistematização do Judiciário enquanto poder autônomo; são os legisladores que exercem a função de um juiz imparcial. Também é visível a união do poder federativo ao poder executivo, embora apresentem funções distintas. Assim, competiria ao poder executivo a execução das decisões tomadas pelo Parlamento. Ao poder federativo⁷⁰, restam as competências de gerenciamento da segurança pública e das questões externas. Nessa direção, o trecho abaixo, extraído da análise de Gough, explica a separação de poderes e a inexistência de um Judiciário enquanto poder autônomo na obra lockeana:

Isso nos leva à questão da separação entre o executivo e o legislativo. Locke considera que “pode ser muito grande a tentação para a fragilidade humana, pronta para alcançar o poder, pois as mesmas pessoas que têm o poder de fazer as leis têm também em suas mãos o poder de executá-las”; além disso, o executivo deve estar em existência contínua, enquanto que não é necessário para o legislativo, “e por isso os poderes legislativo e executivo freqüentemente vêm a se separar”. Locke pode, portanto, ser reconhecido como um contribuinte para a famosa doutrina da separação dos poderes, que, embora de modo desorientado, foi amplamente aceita no século XVIII como a salvaguarda essencial da liberdade constitucional, e por isso incorporada na constituição americana. Entretanto, deve ser observado que na forma clássica da doutrina, como foi enunciada, por exemplo por Montesquieu, havia três poderes a serem mantidos separados: legislativo, executivo e judiciário. Locke reconhece um terceiro poder, além do legislativo e do executivo, mas este, que ele chama de federativo, está ligado à “guerra e à paz, a ligas e alianças”, e à política externa em geral. Embora ele encare este poder federativo como distinto, observa que na prática ele está em geral nas mãos do executivo. Ele não distingue o judiciário, e parece considerá-lo parte do executivo.⁷¹

No mesmo sentido, Vile:

Locke had an equivocal view of the judicial function. He emphasized very strongly the need for independent, impartial judges, and the distinction between giving judgement and the execution of judgement is clearly seen; but when at a later stage he made an all-inclusive statement about the “powers of government” he did not formulate a separate judicial power alongside the legislative and executive

⁷⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷¹ GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes. p. 13.

powers, or, more accurately, he did not divide the functions of the enforcement of the law into two independent “powers” as Lawson had done.⁷²

Na visão de Vile, a forte ênfase dada ao Executivo e ao Parlamento por Locke, seus antecessores e contemporâneos decorre do contexto vivenciado àquele momento na Inglaterra, no século XVII; ali buscava-se a limitação do poder do Monarca e, menos intensamente, do próprio parlamento. Embora reconhecesse um papel importante dado aos Juízes, não havia um cenário fértil para o desenvolvimento deste poder enquanto uma função autônoma.

Grohmann⁷³ salienta os dois critérios que podem ser encontrados na obra de Locke para justificar a separação dos poderes: a) a natureza humana e; b) a natureza da função. Pelo primeiro critério, a separação dos poderes é importante para evitar o mau uso do poder; o segundo critério leva em consideração os episódios curtos de reunião dos Parlamentos e a necessidade permanente das atividades de índole executiva. Assim, a separação visaria a atender a tal critério temporal e, por que não afirmar, de eficiência do governo.

Observa-se que a separação proposta entre Legislativo e Executivo por Locke visa, em última análise, defender a liberdade natural, permitindo uma aplicação imparcial da norma. Da mesma forma, é mais plausível falar-se em separação e subordinação de funções na teoria lockeana, colocando-se o parlamento como parâmetro de organização suprema, do que de separação e equilíbrio de poderes no sentido que foi edificado nas primeiras Constituições liberais.⁷⁴

A doutrina de Locke influenciou enormemente outros autores expoentes àquela época, bem como seus sucessores, citando-se Bolingbroke⁷⁵, Montesquieu e

⁷² VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.57. Tradução livre: Locke tinha uma visão equivocada da função judicial. Ele enfatizava fortemente a necessidade de juízes independentes, imparciais, e a distinção entre julgar e executar é claramente vista; mas quando, numa fase posterior, ele fez uma declaração completa sobre os “poderes do governo” ele não formulou um poder judicial independente ao lado dos poderes legislativo e executivo, ou, mais precisamente, ele não divide as funções de fiscalização da aplicação da lei em dois “poderes” independentes como Lawson tinha feito.

⁷³ GROHMANN, Luis Gustavo. A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 17, novembro, 2001. p. 78.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: UNB, 1997.

⁷⁵ Nesse sentido, afirma Gough: “Uma rápida vista das publicações de Bolingbroke, por exemplo, já mostrará a extensão de seu débito a Locke”. E continua em outro parágrafo: No decorrer do século,

Rosseau; também iluminou os movimentos históricos liberais, especialmente àquele que levou à edificação do Estado de Direito norte-americano.

Não foi somente na Inglaterra que os princípios de Locke foram o alicerce do estado democrático moderno. Na Holanda, onde ele era mais conhecido, foi logo aceito e citado como uma autoridade em política. Na França, suas visões de governo foram antecipadas por Jurieu e sua crença na tolerância por Bayle, mas as obras de Locke foram traduzidas para o francês e tornaram-se amplamente conhecidas entre os leitores franceses. Tanto Montesquieu quanto Rousseau, de maneiras diferentes, fizeram contribuições bastante originais à teoria política, mas ambos foram influenciados por Locke, e houve muitos outros pensadores franceses que participaram da disseminação de uma atitude liberal e racional em relação à política, e pelo menos por insinuação criticaram o *ancien régime*. No entanto, é difícil julgar precisamente em que dimensão a difusão dessa atitude na França pode ser atribuída à obra de Locke, ou de outros escritores da mesma escola de pensamento, e ao estudo direto das instituições inglesas, e mais tarde das americanas, em que os princípios de Locke pareciam estar incorporados.

Em parte alguma a influência de Locke foi maior que do outro lado do Atlântico. Ele pode não ter sido muito lido pelo público em geral na América, mas os líderes revolucionários, Otis e Jefferson, Madison e Samuel Adams, mergulharam em sua obra, bem como nas obras de Harrington, Montesquieu e outros escritores políticos. A Carta de Direitos de Virginia inicia-se como um eco de Locke, e embora de certa forma a Declaração de Independência tenha sido um produto peculiarmente americano, há pouca dúvida de que deva sua principal inspiração muito mais às doutrinas de Locke que aos princípios nativos das colônias da Nova Inglaterra, que eram teocráticos e intolerantes.⁷⁶

Para autores como Vile, quando Locke desenvolve a teoria da separação de poderes no âmbito do Segundo Tratado sobre o governo civil a divisão de trabalhos no âmbito da Inglaterra já tinha se tornado um lugar comum; portanto, a sua obra, naquele contexto, não tinha um caráter absolutamente inédito no sentido de proposição de uma organização estatal até então não conhecida na realidade inglesa. Isso, porém, não retira a importância histórica da sua obra. Apenas salienta

escritores como Hume e Paley atacaram a teoria do contrato, mas as doutrinas políticas gerais de Locke continuaram dominantes. Especialmente nos círculos dissidentes, é evidente que ele ainda era uma inspiração; Richard Price e Joseph Priestley tinham ambos seus débitos para com ele, e os compêndios políticos adotados nas academias dissidentes eram em grande parte derivados de sua obra. In: GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes. p. 15.

⁷⁶ GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes. Grifo nosso.p. 16-17

que, talvez, se Locke estivesse presente e olhasse para a repercussão do seu pensamento, seria surpreendido com o alcance por este tomado; a sua divisão dos poderes estava, por exemplo, atrelada às preocupações muito semelhantes com àquelas que podem ser observadas na obra de Marsílio de Pádua- a questão da eficiência do governo e a conveniência de se confiar a atribuição dessas funções à corpos diversos.

É evidente o acerto de algumas de suas observações que, no cenário da Inglaterra do século XVII, ainda não tinham sido desenvolvidas e que estão presentes na organização estatal até o presente momento. Assim, por exemplo, o autor consegue descrever a diferença entre as atividades atribuídas ao Executivo no âmbito externo (o que ele denomina de poder federativo) e as atividades de governo, ressaltando que aquelas não poderiam padecer da mesma forma de controle instituído para as questões domésticas. Enfim, ao final do século XVII, estava fundada, pela contribuição de Locke, as bases para o desenvolvimento do que viria a ser o princípio da separação de poderes na sua concepção moderna. O desenvolvimento, nesse caso, foi atribuído à obra de Montesquieu, não existindo, na Inglaterra do século XVIII, um autor que tenha desenvolvido esse princípio com o mesmo peso de Locke⁷⁷. As contribuições de Montesquieu serão analisadas na seção seguinte.

2.4- Montesquieu e o Espírito das leis: o princípio da separação de poderes foi “decifrado” pelo oráculo francês?

Montesquieu é referenciado, por autores nacionais e pela literatura estrangeira, como o detentor da paternidade sobre o princípio da separação de poderes. Na última seção, observou-se que a compreensão do princípio da separação de poderes possui um amplo desenvolvimento na Inglaterra e algumas concepções que inspiraram os constitucionalistas liberais do século XVIII foram apropriadas das obras de John Locke. Entretanto, a obra de Locke, embora tenha

⁷⁷ Essa análise é feita por Ville. In: VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.

contribuído para consolidar a realidade inglesa e, mais ainda, os documentos constitucionais do século XVIII, não desenvolveu pontos importantes que vieram a compor a leitura do princípio da separação de poderes àquela época, tal como o papel atribuído ao Poder Judiciário. Talvez, por essa razão, a referência constante aos textos de Montesquieu acabaram por torná-lo mais conhecido como o grande construtor de um dos marcos do Estado de Direito- o princípio da separação de poderes, o grande oráculo francês na visão dos federalistas⁷⁸.

Segundo Bittar, Montesquieu redigiu os seus escritos quando a França estava sob o reinado de Louis XV; advogado e membro da nobreza, o barão de *la Bréde* tinha muitos contatos com políticos e escritores daquela época. Em decorrência das suas viagens, conhecia, amplamente, a realidade da organização societal e política de diversos Estados do seu tempo; tal fato o levou a utilizar, de forma freqüente, da história comparada, como metodologia para elaborar os seus escritos. Estudiosos de sua obra afirmam a forte influência em seus trabalhos dos escritos de Bodin, Locke e Bolingbroke⁷⁹. Em interessante ensaio, Attie⁸⁰ demonstra, ainda, o conhecimento profundo de Hobbes revelado nos escritos de Montesquieu. Nesse sentido, não está se afirmando que o autor do *Espírito das Leis* era um defensor das ideias Hobessianas, mas que tinha uma leitura aprofundada dos seus escritos e, ainda que tenha buscado combater as suas ideias, sofreu forte influência do defensor do *Leviathã*.

As influências teóricas ecléticas na obra de Montesquieu podem ser percebidas de duas formas: a) na falta de ineditismo de algumas propostas; b) na dificuldade de convergir, em termos de um unitarismo, matrizes teóricas tão diversas. Nesse sentido, Vile destaca:

Montesquieu drew his inspiration from diverse sources and was unable to integrate all his ideas into a single theoretical framework. It

⁷⁸ Diversos autores vão chegar a conferir a paternidade do princípio da separação de poderes à Montesquieu. Assim, James Brand chega a afirmar que Montesquieu é o profeta do princípio da separação de poderes. In: BRAND, James. Montesquieu and the separation of powers. *Oregon Law Review*, n. 3, vl. XII, 1993.

⁷⁹ O modelo de monarquia em Montesquieu teria, em conformidade com a análise de Ville, inspiração em Bodin. VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.

⁸⁰ ATTIE JÚNIOR, Alfredo. Montesquieu, ledor de Hobbes. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 96, 2001, p. 557.

is hardly surprising that he failed to reconcile completely the two models of government that he drew from Bodin and from Bolingbroke.⁸¹

Uma de suas obras de maior repercussão pertence ao gênero literário- As Cartas Persas (1721). O Espírito das leis⁸², obra na qual tratou da organização do princípio da separação de poderes, foi colocado na lista dos livros proibidos àquela época, especialmente pelos ataques diretos realizados aos poderes eclesiásticos. O desenvolvimento desta obra ocorreu em mais de 20 anos de estudos e reflexões. Logo no lançamento, em 1748, o livro ganhou grande repercussão e teve várias reedições. Vile destaca que “O Espírito das Leis foi considerado o primeiro grande tratado de política depois de Aristóteles”⁸³ e Montesquieu passou a ser citado na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França como uma grande autoridade no assunto.

O funcionamento das instituições inglesas é o objeto de inspiração para a escrita desta obra, o que torna-se evidente no título do capítulo que levaria ao desenvolvimento do princípio da separação dos poderes: “ Da Constituição da Inglaterra”. Lynch afirma:

No século dezoito, a interpretação da Constituição britânica como equilibrada teve um impacto enorme sobre a idéia que os políticos e filósofos continentais formaram de um governo limitado pelas leis, respeitador dos direitos de cada qual- de sorte que a via inglesa passou a gozar de grande popularidade entre os adversários do absolutismo. Por esse motivo, diversos foram os retratos que lhe fizeram autores de língua francesa, de Delome a Bulamarqui. O mais célebre deles foi esboçado em 1748, por Montesquieu.⁸⁴

⁸¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.77. Tradução livre: Montesquieu extraiu sua inspiração a partir de diversas fontes e não foi capaz de integrar todas as suas idéias em um quadro teórico único. Não é de surpreender que ele falhou em conciliar completamente os dois modelos de governo que ele extraiu de Bodin e de Bolingbroke.

⁸² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁸³ No trecho original: “De l’Esprit des Loix was hailed as the first systematic treatise on politics since Aristotle”. In: VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.72.

⁸⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril. Os órfãos de Montesquieu: o constitucionalismo esquecido dos monarquianos franceses (1789). *Revista Estudos Políticos*, Rio de Janeiro, n. 2, 81-102, 2011.p.81.

Entretanto, Vile indica contradições da obra de Montesquieu quando este se refere ao funcionamento de algumas instituições inglesas. O bom conhecimento de Montesquieu sobre a organização política daquele país decorria da sua vasta leitura e, especialmente, da sua estadia em Londres entre os anos de 1728 e 1731; talvez a pretensa “leitura equivocada”, manifesta em alguns paradoxos observados na sua obra, demonstre que, antes de uma mera descrição no funcionamento do governo inglês, estava Montesquieu, sob esse subterfúgio, fazendo uma verdadeira proposição de um modelo ideal. Nesse sentido:

When Montesquieu wrote of “England” here he was writing of an imaginary country, as in the *Lettres persanes*: “l’Angleterre de Montesquieu c’est l’Utopie, c’est un pays de rêve.” Thus in certain respects Montesquieu’s statements in this chapter differ considerably from what he actually knew to be the case in England. For example, he writes of the judiciary as if it contained no professional judges, as if juries were judges of both fact and law. The reality of English life was, as Montesquieu himself notes elsewhere, quite different from the ideal situation depicted in XI, 6. If, therefore, this chapter also constructs an “ideal type,” we must consider it on its merits, and not concern ourselves with the long controversy over the correctness of Montesquieu’s description of the early-eighteenth-century constitution of England.⁸⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também se direciona em interpretar o pretensão equívoco de Montesquieu como um ardiloso mecanismo para propor a sua fórmula política, em contexto bastante inóspito- o período que antecedeu a revolução francesa:

Ou Montesquieu descreveu uma Constituição da Inglaterra desatualizada, e isso depõe contra a sua capacidade de observação, ou ele, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura

⁸⁵ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.78. Tradução livre: Quando Montesquieu escreveu sobre a “Inglaterra”, ele estava escrevendo de um país imaginário, como nas cartas persas: “A Inglaterra de Montesquieu é uma utopia, uma terra dos sonhos.” Assim, em certos aspectos, as declarações de Montesquieu neste capítulo diferem consideravelmente do que ele realmente sabia ser o caso na Inglaterra. Por exemplo, ele escreve sobre o Judiciário como se não contivesse juízes profissionais, como se os jurados fossem juízes tanto do fato e quanto de direito. A realidade da vida inglesa foi, como o próprio Montesquieu observou em outro lugar, bem diferente da situação ideal representado no livro XI, capítulo 6. Se, portanto, este capítulo também constrói um “tipo ideal”, devemos considerá-lo nos seus próprios méritos, e não nos preocuparmos com a longa controvérsia sobre a exatidão da descrição de Montesquieu da constituição da Inglaterra do início do século XVIII.

vender uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas, especialmente. Não faltam adeptos à segunda alternativa. De qualquer forma, como salientou Voltaire, o elogio da Constituição inglesa foi o que mais agradou na França⁸⁶.

Iain Stewart destaca que havia uma intenção diversa nesse pretensão equívoco de Montesquieu:

Suspensions of ignorance and naïvety cannot, therefore, affect a further charge which has been too rarely made, that Montesquieu's account of the 'powers' is a bid for constitutional security of his own class, *les aristos*.

The French nobility – and Montesquieu was proud to declare that his *noblesse* was centuries old – were losing ground to the rising bourgeoisie. The monarchy, though still absolute, was increasingly appointing bourgeois to office because they were more docile than the nobles. Montesquieu's adoption of the English constitutional model offers a solution to this problem. Indeed, it is a double solution. It secures the aristocracy, through membership of an upper house whose existence denies ultimate political power to the bourgeoisie, represented in a lower house. At the same time, this scheme secures the existing political system against the common people: it is strengthened against their challenge and shuts them out of its membership.

True, Montesquieu speaks enthusiastically of 'political liberty' in this part of *The Spirit of Laws* and in his 'Notes on England'. But he means a liberty in which the aristocracy and the bourgeoisie will be free from oppression by a despotic monarch, free from conflict with each other and free from overthrow by what he refers to in the 'Notes' as 'the rabble'.⁸⁷

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.255.

⁸⁷ STEWART, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on separation of powers and rule of Law. *Macquarie Law Journal*, vl. 4, 2004. p.201. Tradução livre: Suspeitas de ignorância e ingenuidade não podem, portanto, afetar outra acusação que muito raramente tem sido feita; a de que a explicação de Montesquieu dos "poderes" é uma proposta para a segurança constitucional de sua própria classe, os aristocratas. A nobreza francesa - e Montesquieu tinha orgulho de declarar que sua nobreza tinha séculos de idade - estava perdendo terreno para a burguesia ascendente. A monarquia, embora ainda absolutista, estava cada vez mais nomeando burgueses para cargos, pois eles eram mais dóceis do que os nobres. A adoção de Montesquieu do modelo constitucional Inglês oferece uma solução para este problema. De fato, é uma solução dupla. Ele protege a aristocracia, através de uma associação em uma casa superior, cuja existência nega o poder político final para a burguesia. Essa, representada em uma casa inferior. Ao mesmo tempo, este esquema protege o sistema político existente contra o povo: é fortalecido contra os desafios trazidos pelo povo, e exclui-os de sua associação. É verdade que Montesquieu fala entusiasticamente de "liberdade política" nessa parte do Espírito das Leis e nas suas "Notas Inglesas". No entanto, ele quer dizer uma liberdade na qual a aristocracia e a burguesia serão livres da opressão de um monarca despótico, livres de conflito entre eles mesmos e livres da derrubada, pelo o que ele se refere nas "Notas" como "a ralé".

O Espírito das leis é um tratado sobre o governo. Montesquieu não queria, a partir de sua condição de nobre, redigir um manual sobre o melhor governo⁸⁸; também não se debruça, como fizeram os contratualistas do seu tempo, em uma análise aprofundada que buscava refletir sobre as instituições e as leis existentes sob o critério de sua legitimidade em face da ordem natural. Suas inquietações direcionam-se ao desvelamento das razões que levaram as monarquias à decadência, bem como aquelas que a conduziram, por um certo período, à estabilidade. Nesse sentido, destaca Weffort:

(...) sua preocupação central foi a de compreender, em primeiro lugar, as razões da decadência das monarquias, os conflitos intensos que minaram a sua estabilidade, mas também os mecanismos que garantiram, por tantos séculos, sua estabilidade, e que Montesquieu identifica na noção de moderação.⁸⁹

Assim, Montesquieu abordará nesta obra uma autêntica filosofia da lei. “Fruto do racionalismo, Do Espírito das Leis retrata a vontade do iluminismo em explicar as causas racionais pelas quais os homens se encontram sob a regência de leis”⁹⁰.

Sua antropologia é pessimista; assim, Montesquieu possui uma visão bastante sombria da natureza humana⁹¹, afirmando as tendências gerais que o homem tem para o mal, manifesta em sentimentos como o egoísmo, a inveja e o orgulho. Na seara política, tal visão poderia ser traduzida na tendência dos homens ao abuso de poder. Para evitar tal abuso, Montesquieu assevera a importância das leis e da constituição do governo.

No primeiro livro, Montesquieu faz uma classificação das leis, distinguindo-as entre as leis “quanto às suas relações para com os diversos seres”, leis da natureza e leis positivas. Não se trata de um compêndio sobre processo legislativo ou sobre a

⁸⁸ A literatura se divide sobre as reais intenções de Montesquieu ao escrever a obra “O Espírito das leis”. Embora deixe transparecer a sua defesa pelo governo moderado, não fica claro qual seria o melhor modelo a ser adotado. Nesse sentido, veja as considerações de Vile. VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998

⁸⁹ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006. p.114.

⁹⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p.199.

⁹¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.72.

melhor virtude do Legislador. O seu foco são as leis positivas, ou seja, as leis criadas pelos homens para reger as relações entre os homens.

Montesquieu distingue três espécies de leis positivas: as que regulam relações entre grupos independentes (por exemplo, entre os Estados), as que regulam relações entre governantes e governados, dentro de um grupo e as que regulam o relacionamento dos governados entre si. Constituem, respectivamente, os direitos das gentes (internacional), o direito político (público) e o direito civil (que ainda hoje conhecemos por este nome).⁹²

Assim, perquire a relação das leis positivas com diversas coisas, especialmente dedicando-se a investigar, na diversidade de tipologias de governo que apresenta, quem exerce o poder e como ele é exercido. Bittar observa que “por não admitir plenamente a solidão das leis positivas, que são precedidas pelas leis naturais”⁹³, pode-se observar em Montesquieu traços de um jusnaturalismo historicista.

Na visão de Weffort, é na análise dedicada que Montesquieu faz das leis que extrai-se a sua grande contribuição em desenvolver uma investigação política autônoma, fora dos campos dedicados à teologia ou da crônica. “Estabelece uma regra de imanência que incorpora a teoria política no campo das ciências: as instituições políticas são regidas por leis que derivam das relações políticas”⁹⁴.

É no segundo livro que ele fará a distinção dos diversos tipos de governo e das leis derivadas de cada um: o governo republicano, subdividido em democracias e aristocracias, o monárquico e o despótico. O seu intuito não é apenas fazer uma análise descritiva; ao se dedicar sobre a natureza e o princípio do governo, há também uma análise detalhada sobre o comportamento dos poderes entre si e a distribuição deste no âmbito dos diversos grupos sociais⁹⁵.

Existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. (...) o governo republicano é aquele em que o povo, como um só corpo, ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano; o governo monárquico é aquele em que um só governa,

⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: UNB, 1998. p.128.

⁹³ BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011. p.204.

⁹⁴ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006. p.115.

⁹⁵ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006. p.116.

de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas; e, no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer a leis e regras, submete tudo à sua vontade e caprichos.

(...) Quando, em uma república, o povo, formando um só corpo, tem o poder soberano, isso vem a ser uma democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma aristocracia.⁹⁶

Na república, o princípio do governo seria a virtude; na monarquia, a honra e no despotismo, o medo. Nesse sentido, Montesquieu trabalha com a idéia de paixões, tal qual outros autores que o precederam.

(...) o despotismo seria menos do que um regime político, quase uma extensão do estado na natureza, onde os homens atuam movidos pelos instintos e orientados para a sobrevivência.

A honra é uma paixão social. Ela corresponde a um sentimento de classe, a paixão da desigualdade, o amor aos privilégios e prerrogativas que caracterizam a nobreza. (...) É através da honra que a arrogância e os apetites desenfreados da nobreza bem como o particularismo dos seus interesses se traduzem em bem público.

Só a virtude é uma paixão propriamente política: ela nada mais é do que o espírito cívico, a supremacia do bem público sobre os bens particulares. É por isso que a virtude é o princípio da república. Onde não há leis fixas nem poderes intermediários, onde não há poder que contrarie o poder como a nobreza contraria o rei e este à nobreza, somente a prevalência do interesse público poderia moderar o poder e impedir a anarquia ou o despotismo.

(...) O despotismo é menos que um regime, não possui instituições, é impolítico. É um governo cuja natureza é não ter princípio. (...) está condenado à autofagia: ele leva necessariamente à desagregação ou à rebelião.⁹⁷

Afirmando a influência de Hobbes sobre o pensamento de Montesquieu, Attié Júnior ressalta:

Assim como Hobbes, Montesquieu vê o homem como um ser de paixões, deixando à razão um papel menos importante. A razão primitiva de que fala o capítulo inicial do *Espírito das Leis* não passa do produto de uma regularidade no curso das paixões. A vida humana transita em meio a tais apetites e aversões, constituindo-se no cenário de seu progresso. Nas *Cartas Persas*, as paixões encontram-se em um movimento caótico. No *Espírito das Leis* encontrarão seu repouso quando assentadas nos regimes políticos.⁹⁸

⁹⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.23.

⁹⁷ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006. p.117-118.

⁹⁸ ATTÍE JÚNIOR, Alfredo. Montesquieu, leitor de Hobbes. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 96, p. 557, 2001.p.537.

A distinção entre os tipos de governo é fundamental para a compreensão do funcionamento dos poderes do Estado, pois para cada modelo haveria uma forma diversa de comportamento daqueles, o que levaria à percepção da existência de um governo moderado⁹⁹. Desse modo, destaca que o princípio da separação das funções seria uma ideia estranha ao modelo despótico e à aristocracia¹⁰⁰. Quanto à democracia, o Barão de Le Brède a defende somente para as pequenas sociedades e, no momento que fala da possibilidade de corrupção no modelo republicano, deixa evidente a importância da adoção de uma separação de poderes, mas não desenvolve, pormenorizadamente, tal ideia.

Corrompe-se o espírito da democracia não só quando se perde o princípio da igualdade, mas também quando cada qual se apodera do espírito de igualdade ao extremo, pretendendo ser igual àquele que ele escolhe para poder governar. Desse modo, o povo, não podendo suportar o próprio poder que escolheu, quer fazer tudo por si só, quer deliberar pelo senado, executar pelos magistrados e destituir todos os juízes.

(...)É da natureza de uma república que seu território seja pequeno; se não for assim, ela dificilmente poderá subsistir.

(...) Em uma pequena república, percebe-se melhor o bem público, que é mais bem conhecido e mais próximo de cada cidadão. Os abusos são menos generalizados e, portanto, menos protegidos.¹⁰¹

O trecho destacado será retomado quando do estudo da próxima seção. O excerto foi usado, contraditoriamente, pelos federalistas, para afirmar a importância de se construir uma república, quanto pelos anti-federalistas, para demonstrar a impropriedade da bandeira hasteada por Jefferson, Hamilton e Madison.

Montesquieu reconhece a importância de uma distribuição de funções no âmbito das Monarquias, quando fala da impropriedade dos príncipes assumirem a função de juízes, conforme observa-se no trecho abaixo; mas não havia, ali, a ideia de uma separação contemporânea de poderes, pois naquele contexto o príncipe seria a fonte de todo o poder, responsável tanto pelo Legislativo, quanto pelo Executivo.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UNB, 1995.

¹⁰⁰ Vide Livro II, capítulo III, momento em que o autor descreve que, na aristocracia, as funções de criar as leis e executá-las estão nas mãos da mesma pessoa.

¹⁰¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.p.124 e 135.

Nos Estados Despóticos, o príncipe pode julgar por si próprio. Nas monarquias, isso não é permitido; a Constituição seria destruída, os poderes intermediários independentes seriam aniquilados, ver-se-ia cessarem todas as formalidades dos julgamentos, o terror apossar-se-ia de todos os espíritos, ver-se-ia a palidez em todos os rostos, não mais existiriam confiança, honra, amor e a própria monarquia.

(...) É ainda um grande inconveniente na monarquia, que os ministros possam julgar por si próprios as causas contenciosas.

(...) **Os poderes intermediários, subordinados e dependentes, constituem a natureza do governo monárquico, isto é, daquele em que um só governa baseado em leis fundamentais. Disse “poderes intermediários, subordinados e dependentes”: com efeito, na monarquia, o príncipe é a fonte de todo poder político e civil.**¹⁰²

É no livro XI do *Espírito das Leis*, capítulo VI, intitulado “Da Constituição da Inglaterra” que Montesquieu vai abordar o princípio da separação de poderes de forma mais pormenorizada. Segundo Weffort¹⁰³, trata-se de um capítulo que detalha o funcionamento do Parlamento Inglês e de cada uma das funções ali existentes. Assim, Montesquieu afirma: “Há, em cada Estado, três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.”¹⁰⁴ A divisão do poder Executivo é bem semelhante àquela elaborada por Locke, embora, nesse momento, ele não se refira, nominalmente, a um poder federativo. A função legislativa seria, na sua obra, a expressão da vontade geral do Estado e o poder Executivo a execução desta; nenhum dos dois poderes atuam, diretamente, sobre o indivíduo.¹⁰⁵ A separação do Executivo do Poder Legislativo também é uma defesa de Montesquieu:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um só do que por vários; enquanto o que depende do poder legislativo é, não raro, mais bem ordenada por muitos do que por um só.

Se não houvesse monarca, e se o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria

¹⁰² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.p.124. Grifo nosso.

¹⁰³ WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.p.165.

¹⁰⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.167.

mais liberdade, pois os dois poderes ficariam unidos, neles tomando parte, às vezes ou sempre, as mesmas pessoas.

Seria inútil que o corpo legislativo permanecesse sempre reunido. Isso seria incômodo para os representantes e, além disso, ocuparia muito o poder executivo, que não pensaria em executar, mas em defender suas prerrogativas e seu direito de executar.¹⁰⁶

Entretanto, há um ineditismo¹⁰⁷ nos seus escritos em relação à análise lockeana: o tratamento dado ao Judiciário. A função do judiciário, denominada como *“la puissance de juger”*, encontra um lugar destacado na obra de Montesquieu, pois não está mais vinculada à aristocracia do Parlamento, embora a Câmara dos Lords ainda mantenha, na sua análise, uma competência de natureza recursal. Assim, argumenta:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas da classe popular, em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que apenas dure o tempo necessário.¹⁰⁸

Portanto, o Poder Judiciário deveria ser confiado ao povo e renovado de forma periódica. Ressalta-se que, para o autor analisado, os juízes não criavam o direito, mas eram apenas a “boca da lei”.

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. **Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor.**¹⁰⁹

Montesquieu via o Poder Judiciário como um poder nulo. Assim, Roger Stiefelmann Leal analisa:

É nítida, no pensamento do mestre francês, a concepção de julgar como uma máquina de silogismos, isto é, a função dos tribunais seria

¹⁰⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.p.170.

¹⁰⁷ Na obra de Vile, há referências na própria Inglaterra de autores que não ganharam o reconhecimento amplo de Locke e que já indicavam a importância de um Poder Judiciário. Conferir: VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998

¹⁰⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.p.167n

¹⁰⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.172.Grifo nosso.

de estrita aplicação da lei, lançando mão apenas do método lógico-interpretativo de subsunção dos fatos à norma.¹¹⁰

Tal posicionamento se distancia daquilo que já existia, como realidade, na Inglaterra do século XVII, onde a atividade dos juízes já eram vistas como uma atividade criadora do direito.¹¹¹ Nesse ponto, é importante também ressaltar a interpretação apreendida ao princípio da separação de poderes no direito norte-americano, onde, desde o início do século XIX, já se concebia ao Judiciário um papel de construção, pela via interpretativa, do direito.

Montesquieu também, ao tratar do Judiciário, dá uma ênfase muito grande aos procedimentos judiciais, necessários à proteção da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, destaca Vile:

Second, he emphasizes the importance of judicial procedures as a protection for the individual. The speedy decision of cases may be cheaper and easier, but the set forms of justice with all their expense and delay, even the very dangers of the judicial procedure, are "the price that each subject pays for his liberty." In despotic governments speed is the only consideration, but in moderate governments long inquiries and many formalities are necessary before a man is stripped of his honour or property, or of his life.¹¹²

Nesse contexto, destaca-se que Montesquieu não menciona, embora tal preceito já existisse àquela época na Inglaterra, a expressão "devido processo legal"; mas a ênfase dada a tais procedimentos serão acolhidos e desenvolvidos, no constitucionalismo do século XVIII, como um dos princípios estruturantes do constitucionalismo.

¹¹⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.10.

¹¹¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.81.

¹¹² VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.82.Tradução livre: Em segundo lugar, ele enfatiza a importância dos procedimentos judiciais como uma proteção para o indivíduo. A decisão rápida dos casos pode ser mais fácil e mais barata, mas as formas estabelecidas de justiça com todas as suas despesas e atrasos, e até os muitos perigos do processo judicial, são "o preço que cada sujeito paga por sua liberdade." Nos governos despóticos, acelerar é a única consideração, mas em governos moderados longos inquéritos e muitas formalidades são necessárias antes de um homem ser despojado de sua honra ou a propriedade, ou de sua vida.

Montesquieu ainda alia o princípio da separação de poderes às diferenciadas forças sociais existentes àquela época.

Marcado pelo contexto de sua época, a distribuição desses poderes entre diferentes corpos observará os atores sócio-políticos existentes. O Executivo ficaria nas mãos do monarca, o Legislativo nas dos nobres e dos representantes do povo, e o Judiciário em Tribunais temporários do povo. É a física do poder. A relação entre setores sociais e constituição dos poderes é inequívoca; por isso a separação do Legislativo em dois corpos, um plebeu e outro nobre, como uma forma de proteger os últimos, obtendo dessa maneira a moderação do Legislativo frente ao Executivo.¹¹³

A ideia da vinculação do princípio da separação de poderes à compreensão de uma Constituição mista só será desfeita a partir do Estado de Direito Liberal, no final do século XVIII, em decorrência de um pretense universalismo que não admite, ao menos no plano teórico, grupos que podiam se sobrepujar uns aos outros, exigindo uma composição equilibrada das forças políticas.

Outro ponto importante da teoria são os sistemas de controle. Para Montesquieu, só em governos moderados é possível encontrar-se a liberdade. Nesse contexto, não haveria abuso de poder. Porém, a experiência demonstraria que todo homem tenderia a abusar do poder. Daí a necessidade de um sistema de controles que ele observa a partir das faculdades de estatuir e impedir:

A democracia e a aristocracia não são, por sua natureza, Estados livres. É tão só nos governos moderados que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos Estados moderados; ela só existe quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites.
(...) Para que não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.¹¹⁴

¹¹³ GROHMANN, Luis Gustavo. A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 17, novembro, p.75-106, 2001.p.78

¹¹⁴ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.164-165.Grifo nosso.

E o autor, em outra parte da obra, define o que seriam as faculdades de estatuir e impedir:

Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar por si próprio, ou de corrigir o que foi ordenado por outro. Chamo faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, e era nisso que consistia o poder dos tribunos em Roma. E não obstante aquele que tem a faculdade de impedir possa ter também o direito de aprovar, essa aprovação não será nada mais que uma declaração de que ele não usará sua faculdade de impedir e, portanto, a faculdade de aprovar decorre da de impedir.¹¹⁵

Assim, o Poder Executivo não tinha o poder de legislar positivamente, mas controlava o parlamento através do poder de veto e da possibilidade de convocação das reuniões do parlamento. Na visão do francês, essa faculdade evitaria que o legislador se transformasse em um déspota. Por sua vez, o parlamento não tinha o poder de impedir a atuação do Poder Executivo, mas tinha a competência de examinar o modo como as leis foram executadas e a possibilidade de aplicar o *impeachment* sobre os maus conselheiros que compunham o Executivo. O Judiciário, enquanto um poder nulo, não exercia qualquer controle e também não era controlado. Além disso, ainda existiam outras formas de salvaguarda que visavam a evitar os abusos de um poder em face do outro. Assim, destaca Grohmann:

(...)existiam salvaguardas aos poderes para que pudessem continuar sua existência sem se subordinarem à vontade ou abusos de outro poder. No sentido de proteger os nobres da ação dos tribunais populares, esses seriam julgados de maneira especial, por integrantes da mesma categoria social e do mesmo corpo político. Integrantes do Executivo seriam julgados pelos nobres do Legislativo, em processos iniciados pela Câmara dos plebeus. Esse arranjo forçaria os integrantes dos poderes a caminhar para um acordo, do contrário, o resultado poderia ser uma paralisia.¹¹⁶

É importante destacar que o livro XI, fundamental para a compreensão do objeto da presente pesquisa, teve, como objeto de análise principal, a questão da liberdade; assim, tal qual em Locke, Montesquieu estaria preocupado com a

¹¹⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.170.

¹¹⁶ GROHMANN, Luis Gustavo. A separação de poderes em países presidencialistas. *A América Latina em perspectiva comparada. Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 17, novembro, p.75-106, 2001.p.79.

orquestração entre os poderes tendo como foco direto a defesa da liberdade. Essa assertiva pode ser observada no seguinte trecho:

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranqüilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem da sua segurança: e, para que tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.¹¹⁷

Destaca-se que a liberdade em Montesquieu não é ilimitada e consiste em fazer tudo aquilo que a lei permite; na visão do autor, a atuação de cada um em prol de uma liberdade ilimitada conduziria à um despotismo generalizado.

Segundo Vile¹¹⁸, existe uma grande discordância sobre interpretação do que Montesquieu realmente propôs acerca da separação de poderes. Uma primeira corrente, bastante influente no pensamento europeu e composta, sobretudo, por juristas, extrai da obra de Montesquieu uma doutrina pura de separação de poderes. A segunda corrente, que teria se enraizado na construção do constitucionalismo americano, interpretou apenas uma visão parcial da separação de poderes na obra de Montesquieu, mais tarde completada com a proposta do sistema de freios e contrapesos¹¹⁹. Outros, céticos¹²⁰, chegariam a discordar da paternidade deste

¹¹⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.164-166.

¹¹⁸ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.

¹¹⁹ Nelson Juliano Cardoso Matos também apresenta as diversas correntes que se apropriaram do pensamento de Montesquieu em artigo monográfico. Vide MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina de separação de poderes: Montesquieu Republicano e a exegese da Constituição da Inglaterra. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI-FORTALEZA Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais*. Fortaleza, 2010.

princípio à Montesquieu, argumentando que, no máximo, ele estava preocupado em defender a impropriedade da fusão das diversas tarefas do governo. Nesse sentido:

What does Montesquieu have to say about the separation of powers? A remarkable degree of disagreement exists about what Montesquieu actually did say. Two broad streams of interpretation of his thought since the latter part of the eighteenth century can be detected. One, largely associated with the continent of Europe, and with jurists rather than political theorists, sees what we have called “the pure doctrine of the separation of powers,” a thoroughgoing separation of agencies, functions, and persons. The other, represented principally by the Fathers of the American Constitution, French writers such as Benjamin Constant, and in a rather different way the English commentators of the eighteenth and nineteenth centuries, has seen some form of a partial separation of powers, that is the pure doctrine modified by a system of checks and balances. Some writers go further and claim that the term “separation of powers” as applied to Montesquieu’s thought is an exaggeration or misrepresentation, that he was concerned only with the establishment of the “non confusion” of powers.¹²¹

Após a análise empreendida nesta seção, pode-se, por força comparativa, observar que a proposta de Montesquieu tinha desenvolvimentos não trazidos pelo seu antecessor, Jonh Locke. Nesse quesito, pode-se citar: a) a autonomia dada à sua análise política em face à outras ordens que propiciavam uma cosmovisão de mundo; b) a tratativa dada à organização do Legislativo e do Executivo, ainda que em prol da defesa da liberdade, especialmente no sistema de controles propostos e

¹²⁰ Althusser (*apud* Mariano), em texto publicado no idioma francês, destaca que a teoria proposta por Montesquieu não possui o alcance que tradicionalmente lhe foi empregado; para o autor, a obra de Montesquieu é uma análise de como é possível a obtenção de um governo moderado e, no quesito organização do poder, Montesquieu teria trabalhado com uma técnica de combinação de atividades estatais. In: MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. *Revista Direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, vl. 4, 2008.

¹²¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.78-79.Tradução livre: O que Montesquieu tem a dizer sobre a separação de poderes? Um notável grau de desentendimento existe acerca do que Montesquieu realmente disse. Duas grandes correntes de interpretação de seu pensamento, desde a última metade do século XVIII, podem ser detectados. Uma, comumente associada com o continente europeu, e com juristas mais que com teóricos políticos, corresponde ao que temos chamado de “pura doutrina da separação de poderes”, uma completa separação de órgãos, funções, e pessoas. A outra, representada principalmente pelos Pais Fundadores da Constituição Norte-Americana, escritores franceses, como Benjamin Constant, e de um jeito mais distinto, os comentaristas ingleses dos séculos XVIII e XIX, tem visto alguma forma de separação parcial de poderes, que é a doutrina pura modificada por um sistema de freios e contrapesos. Alguns escritores vão além e alegam que o termo “separação de poderes” aplicado ao pensamento de Montesquieu é um exagero ou uma má interpretação, visto que ele estava preocupado somente com o estabelecimento de uma “não confusão” de poderes.

c) a importância da atividade jurisdicional. Tais pontos não encontram desenvolvimento semelhante na obra lockeana.

Decerto que não é possível dizer que pode-se encontrar a integralidade do que veio a ser a teoria da separação de poderes, na visão dos constitucionalistas modernos, no *Espírito das Leis*. Também não é adequado gerar uma análise comparativa desta teoria a fim de verificar as aporias não trabalhadas por Montesquieu e, por isso, desmerecê-lo. Sua obra iluminou, no esteio de outros tantos autores, os movimentos revolucionários do final do século XVIII. A partir de variáveis históricas e culturais, as primeiras constituições escritas demonstraram, cada qual a seu modo, a interpretação que deram ao princípio da separação de poderes. Na próxima seção, observar-se-á como o princípio foi acolhido no âmbito da criação do Estado de Direito norte-americano, especialmente como as teorias de Locke e Montesquieu foram apropriadas o debate anterior à instituição da federação norte-americana.

2.5- O fim do mistério: a obra se completa no constitucionalismo moderno na narrativa de Jefferson, Madison e Hamilton.

Nas últimas três seções buscou-se delinear algumas referências históricas que, tradicionalmente, são apontadas como relevantes para a edificação do que veio a ser a prática e a teoria moderna do princípio da separação de poderes. Assim, na primeira seção observou-se que alguns teóricos encontram a origem do princípio da separação dos poderes na divisão idealizada por Aristóteles entre o poder deliberativo, o executivo e o judiciário. Outros compreendem que a grande lição a ser retirada do constitucionalismo antigo é o ideal de um governo misto, ideias que inspiraram, na Inglaterra, a construção do *King in Parliament*. Entretanto, ao final da primeira seção, demonstrou-se a inadequação desse posicionamento teórico ao reconstruir uma identidade sem os substratos conceituais que erigiram variáveis fundamentais para a compreensão moderna do princípio ora em exame, estreitamente vinculado ao constitucionalismo clássico. Tais substratos estão vinculados às contribuições dadas por Locke e Montesquieu, desenvolvidas nas

últimas duas seções. O aporte teórico construído por ambos os autores será diretamente debatido pelos revolucionários americanos no final do século XVIII.

Nesse contexto, a presente seção objetiva demonstrar como o debate que antecedeu a formação da Constituição Norte-Americana (1787), materializado nas argumentações dos federalistas e dos anti-federalistas, apropriou-se das análises teóricas de Locke e, sobretudo, de Montesquieu. Em face do contexto vivenciado àquele momento, tais propostas teóricas ganharam novas nuances, sendo inadequado afirmar-se que o princípio da separação de poderes, incorporado no constitucionalismo norte-americano, seja um retrato fiel da obra Lockean ou da contribuição de Montesquieu. É nesse sentido que torna-se impróprio afirmar que a paternidade do princípio da separação de poderes possa ser atribuída à Montesquieu. Ao final dessa seção, observar-se-á que a leitura moderna deste princípio foi edificada, pelo menos, em três Estados- Inglaterra, França e Estados Unidos e à diversas mãos, sendo cinco os principais teóricos: Locke, Montesquieu, Hamilton, Jefferson e Madison.

A proposta sobre o princípio da separação de poderes apresentada pelos federalistas divergia, em vários aspectos, do projeto anti-federalista que, na política pré-constitucional norte-americana, àquele momento, era predominante. A compreensão do contexto vivenciado pelas colônias e da crise que consumira o esquema de Constituição Mista na Inglaterra do século XVIII é fundamental para a identificação das raízes sociológicas e políticas que orientaram o destacado debate. Na visão de Bentes¹²², havia, no empenho de cada discurso, uma discussão profunda sobre dois projetos de sociedade para o país.

Primeiramente, deve-se rememorar o perfil da colonização inglesa na América do Norte, demarcada pela forte influência protestante, sobretudo de puritanos, no século XVII. Schilling¹²³ descreve que a Dinastia Stuart observava, com bons olhos,

¹²² Bentes afirma que, por trás deste debate, havia uma discussão sobre a ideologia *country e court*. Eis o trecho: “No âmago destes embates, havia o antagonismo entre dois projetos de sociedade e de país.(...) O âmago deste confronto permite um paralelo com duas ideologias-*Country e Court*-que já se rivalizavam na Inglaterra e que também nortearam o debate público norte-americano no século XVIII.” In: BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

¹²³ SCHILLING, Voltaire. *América: a história e as contradições do império*. Porto Alegre: L&PM, 2004

a emigração destes “perigosos fanáticos” para a América, os quais representavam risco à monarquia inglesa. São esses refugiados políticos e religiosos os responsáveis pela criação de uma estrutura social que, desde a origem, vai diferenciar-se daquela existente no âmbito da Inglaterra, cultivando valores que terão impacto direto na construção futura da esfera política e no desenvolvimento econômico da América do Norte.

Simultaneamente, a corrupção instaurada na Monarquia inglesa demonstrava a incredulidade dos colonos, futuros revolucionários, em relação ao modelo de constituição mista adotado na Inglaterra. A Constituição Mista, explanada nas seções anteriores do presente capítulo, já apresentava-se como uma realidade na Inglaterra do século XVIII, especialmente pela representação da realeza, expressa na figura do monarca, da aristocracia, vista na institucionalidade da Câmara dos Lords, e do povo, configurada na Câmara dos Comuns. O equilíbrio dessa composição- monarquia, nobreza e povo, imaginava-se, era a fórmula ideal para permitir a estabilidade de uma nação, pois se conseguiria impedir que qualquer grupo social pudesse se sobrepôr aos demais. Partia-se do pressuposto que tal modelo propiciava a defesa das liberdades civis, inclusive daqueles que viviam nas colônias inglesas e daqueles tidos como não cidadãos. Trata-se de uma representação virtual, pois “caso houvesse alguma violação às liberdades civis, os não-eleitores poderiam pressionar os eleitores ou juntar a estes para exigir mudanças políticas de seus representantes”.¹²⁴

Entretanto, esse histórico arquétipo entrou em crise em meados do século XVII, especialmente pela atuação do Executivo que passou a submeter e subordinar o parlamento inglês. A virtude desvelada no equilíbrio social passou a ruir em decorrência de uma nova força política, egressa da economia.

Nesse contexto, as liberdades dos colonos que viviam no norte da América passaram a ser violadas por inúmeros eventos da corrupta coroa inglesa. Missões religiosas anglicanas foram fixadas no território colonial, reduzindo a liberdade e a tolerância religiosa já praticadas naquele espaço; impostos foram aumentados e

¹²⁴ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.27

ampliou-se a presença da aristocracia (corrupta) inglesa, enviada pelo Rei, nas colônias. Descrentes desse modelo que adicionava à organização dos poderes uma forma de estruturação social¹²⁵, parte dos futuros revolucionários vão hastear a bandeira em defesa de uma teoria pura da separação dos poderes de natureza meramente político-organizacional, ou seja, sem a necessidade de temperá-la com uma composição moderada extraída dos grupos sociais. Nessa direção, Vile ressaltava como o modelo de organização inglesa se tornou inadequado e inaplicável àquele momento na América:

The idea of mixed and balanced government dominated the scene in America until, as in England in the 1640's, it was swept away by the democratic fervour of revolution, and the dominant theory of the mixed constitution became totally inadequate to cope with a situation in which resistance to monarchical or aristocratic power was the major characteristic.¹²⁶

Deve-se destacar, ainda, que não havia, no território colonial, as mesmas condições históricas que levaram a edificação do modelo inglês¹²⁷, o que dificultava, empiricamente, a aplicação direta do modelo puro de Constituição Mista. Sequer havia uma nobreza tal qual existia, historicamente, na Inglaterra. O franqueamento amplo à participação popular foi a alternativa para evitar o indesejado sistema inglês:

Ao invés de compreender o povo como uma fatia da sociedade que tinha direito ao poder, como na doutrina do governo balanceado, a Revolução atribuiu à massa todo o poder. (...) Toda a discussão sobre as Constituições estaduais e sobre o destino da América nos anos anteriores e posteriores à Independência tratava de um modelo de representação que garantisse o princípio da autolegislação. A condenação do parlamento inglês, incapaz de impedir a usurpação das liberdades civis nas colônias e indefeso frente ao clientelismo do Executivo, serviu para desacreditar o próprio modelo representacional da Inglaterra, reafirmando a superioridade da representação praticada nas colônias.

¹²⁵ Na análise da obra de Montesquieu, realizada na quarta seção deste capítulo, demonstrou-se que a cisão entre a idéia de constituição mista e separação de poderes só aconteceu no final do século XVIII, exatamente no debate que antecedeu à criação da Constituição norte-americana.

¹²⁶ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p. 108.Tradução livre: A idéia de um governo misto e equilibrado dominou o cenário na América até - assim como na Inglaterra de 1640 - que foi varrido pelo fervor democrático revolucionário, e a teoria dominante de constituição mista se tornou completamente inadequada para lidar com uma situação na qual resistência ao poder monárquico e aristocrático era a principal característica.

¹²⁷ PAINE, Thomas. *Senso Comum*. Porto Alegre: L@PM, 2009.

(...) O período entre a Guerra da Independência das treze colônias inglesas iniciadas em 1774 e a elaboração da Constituição de 1787 marcou uma era de intensa participação do povo.¹²⁸

Dessa forma, verifica-se, o incremento da ideia de soberania popular fortalecida através da ampliação do ingresso de pessoas mais humildes, geralmente vinculadas à uma categoria profissional urbana ou de alguma província no interior, às Assembléias Legislativas, da criação de milícias por cidadãos locais e do fortalecimento dos comitês populares de segurança que exerciam funções de natureza executiva. Nessa ambiência, pressionados pelo impulso popular, muitas Constituições Estaduais criaram mecanismos de ampla participação, prescrevendo um quadro de organização das funções estatais que denotava a supremacia do Poder Legislativo.

Sob a influência da pressão popular, algumas Constituições estaduais institucionalizaram mecanismos de ampla participação política. A Constituição da Pensilvânia, precedida por uma Declaração de Direitos, estabelecia o direito de voto a todos os contribuintes de impostos, eleições anuais, máximo de quatro mandatos exercidos em um intervalo de sete anos e ausência de requisito censitário para ser candidato. O Legislativo era unicameral, um projeto de lei não poderia ser votado antes de ser discutido em todo Estado, as sessões legislativas deveriam ser públicas, as votações abertas e as discussões plenárias, publicadas. O Executivo, formado por um Conselho de doze membros, era subordinado à Assembléia. O voto popular escolhia, diretamente, os cargos superiores da milícia, algumas autoridades judiciais e o Conselho de Censores, responsável pela apreciação da constitucionalidade das leis. Os juízes da Corte Suprema escolhidos pelo Executivo, poderiam ser afastados pela Assembléia por mau comportamento.¹²⁹

A ampla participação popular, especialmente no período entre a Guerra da Independência e a criação da Constituição norte-americana, provocou reações de uma elite composta por fazendeiros, comerciantes, credores de governo e pequenos proprietários que enxergavam, neste excesso de democracia, um enorme risco ao

¹²⁸ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.26-29.

¹²⁹ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.30.

processo de desenvolvimento econômico, à segurança jurídica e às liberdades. Assim, começaram a ventilar soluções que permitissem a contenção dos eventuais abusos de maiorias locais.

Tais discussões se fizeram presentes logo após a Independência, período em que ocorreu um amplo debate sobre o melhor projeto político para aquela sociedade. Assim, no ano de 1787, delegados representantes dos Estados Confederados reuniram-se na Convenção de Filadélfia com o propósito de rever e ampliar dos Artigos da Confederação, a ser ratificada pelos Estados da confederação. É nesse cenário que são produzidos diversos artigos, publicados, inicialmente, através de pseudônimos, com o intuito de defender a necessidade de se criar um governo centralizado, dissipando-se a Confederação até então instituída. Tais artigos, elaborados por Madison, Hamilton e Jay, foram reunidos, mais tarde, na obra “Os Federalistas”.

Uma das iniciativas de convencimento à ratificação foi elaborada por três personalidades políticas que se uniram sob o pseudônimo de *Publius* para escrever uma série de artigos, reproduzidos em diversos jornais da época. Seus autores são Alexander Hamilton, delegado na Convenção pelo Estado de Nova Iorque e secretário do tesouro do primeiro governo nacional; James Madison, delegado pelo Estado de Virgínia e futuro presidente da República e John Jay, que se tornaria o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, cargo posteriormente abandonado para que exercesse a função de governador de Estado.¹³⁰

A análise da obra e do desenvolvimento do pensamento de cada um dos autores dos artigos federalistas demonstram que havia uma identidade de posicionamento entre eles, mas também algumas discordâncias que ficaram mais nítidas após a aprovação da Constituição Norte-Americana.

Destaca-se, inicialmente, uma das premissas comuns que orientam os escritos- a natureza humana é retratada de forma bastante pessimista por Madison, no artigo 10 da obra:

¹³⁰ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.36

Assim, a natureza humana encerra germens escondidos de facções; e nós os vemos desenvolver-se com diferentes graus de atividade, segundo as diferentes combinações das sociedades humanas. O zelo por opiniões diferentes em objetos de religião, de governo, de especulação ou de prática - a afeição a chefes cuja ambição disputa a preeminência ou o poder, ou a outras pessoas cuja fortuna interessa às paixões humanas, têm formado continuamente partidos entre os homens; têm excitado neles animosidades recíprocas; temos disposto a atormentar-se e a perseguir-se uns aos outros, em vez de trabalharem de mãos dadas na sua prosperidade comum.

Os homens são arrastados por uma inclinação tão poderosa a animosidades recíprocas que, quando eles não têm ocasiões importantes para exercitá-las, as distinções as mais frívolas e as mais extravagantes **têm bastado para acordar paixões inimigas e para fazer nascer violentos combates.**

(...) **Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo;** e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo.¹³¹

Conforme observa-se no trecho citado, são vários os fundamentos que geram esse faccionismo. Entretanto, a principal variável destacada pelo autor seria de natureza econômica, fundada na desigual distribuição da propriedade¹³². Assim, em face do temor da atuação das facções sociais que buscariam fazer predominar, no âmbito do governo, os seus interesses particulares, Madison vai defender um projeto apoiado na representatividade, na federalização e no sistema de separação de poderes. O governo defendido será a república, redefinida pelo ideal federalista:

Uma república, quero dizer, um governo representativo, oferece um ponto de vista diferente e promete o remédio que se deseja. Examinemos as suas diferenças com relação a uma pura democracia e compreenderemos ao mesmo tempo a natureza do remédio proposto e a eficácia que ele deve tirar da União.

A república aparta-se da democracia em dois pontos essenciais: não só a primeira é mais vasta e muito maior o número de cidadãos, mas

¹³¹ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. pgs.61 e 318

¹³² Eis o trecho em que fica nítida tal questão: “Mas a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sempre sido a desigual distribuição das propriedades. Os interesses dos proprietários têm sempre sido diferentes interesses daqueles que o não são. Uma linha de demarcação semelhante separa igualmente os devedores dos credores. E de necessidade que entre as nações civilizadas se formem interesses de agricultura, interesses de manufaturas, interesses de comércio, interesses capitalistas e outros menos importantes que dividem a sociedade em diferentes classes com vistas e sentimentos diferentes.” In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.61.

os poderes são nela delegados a um pequeno número de indivíduos que o povo escolhe.¹³³

E o autor continua:

Já fizemos sentir a diferença das duas formas de governo: na democracia, reúne-se o povo e governa por si mesmo; na república administra o povo por meio de representantes ou agentes. Assim, a democracia não pode existir senão em muito pequeno espaço; a república pode empreender grande extensão de país.

(...) Se, porém, para fixarmos o verdadeiro sentido da expressão, recorrermos aos princípios que servem de base às diferentes formas de governo, neste caso diremos que governo republicano é aquele em que todos os poderes procedem direta ou indiretamente do povo e cujos administradores não gozam senão de poder temporário cada, a arbítrio do povo ou enquanto bem se portarem.

(...) É bastante, para que tal governo exista, que os administradores do poder sejam designados direta ou indiretamente pelo povo; mas sem essa condição, *sine qua non*, qualquer governo popular que se organize nos Estados Unidos, embora bem organizado e bem administrado, perderá infalivelmente todo o caráter republicano.¹³⁴

A concepção revisitada de república, possui uma forte influência do pensamento de Montesquieu, chegando o autor, em diversos trechos, a citar, expressamente, trechos da obra “Do espírito das leis”.

A República, ao ampliar a arena política que não mais se restringia aos interesses locais, acabava por obstaculizar a atuação das facções sociais, refreando o seu poder de influência o que, conseqüentemente, resguardaria as liberdades dos cidadãos. Por outro lado, o governo, nessa proposta, passaria a ser o mediador dos diferentes “desejos e projetos, transformando a política numa atividade de negociação entre diversas facções não-predominantes, evitando-se que os direitos de facções sociais minoritárias fossem desrespeitados”.¹³⁵ A participação, antes generalizada e permanente, passaria a acontecer apenas em momentos extraordinários; os representantes, simultaneamente, comporiam uma classe de

¹³³ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.64

¹³⁴ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. pgs.87,327.

¹³⁵ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.40.

políticos profissionais. A função do povo seria, apenas, a de decidir quem deveria governar em seu nome.

A doutrina anti-federalista¹³⁶ também vai dialogar com Montesquieu, interpretando-o de forma oposta a proposição federalista de República. Assim, os autores que compunham esse grupo destacaram alguns excertos de Montesquieu, interpretando-o de forma a demonstrar a insustentabilidade do governo republicano em territórios com grandes dimensões. Madison faz a sua réplica no Artigo n. 09, afirmando o equívoco da interpretação anti-federalista e acusando esses autores de aplicar, de forma viciosa, trechos avulsos do *Espírito das Leis*.

Os adversários do plano proposto citam e torcem, para dar força a sua opinião, as observações de Montesquieu sobre a necessidade da pequena extensão de território para que possa ter lugar o governo republicano; mas parecem ignorar o sentimento expresso por este grande homem (...).

Os exemplos de território limitado, que Montesquieu alega para fundamento da sua idéia sobre o governo republicano, estão muito aquém da extensão da maior parte dos nossos Estados.

(...)Os princípios de Montesquieu são tão pouco contrários à união dos Estados que ele fala expressamente da Confederação das repúblicas, como do meio de estender a esfera dos governos populares, e de unir as vantagens da monarquia com as do governo republicano. (MADISON, 2003, p.54-55)

Um outro ponto importante do projeto federalista é o modelo apresentado para a organização entre as funções estatais. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário não representam, nesta proposta, um segmento da sociedade, mas todo o povo; destaca-se que, só a partir deste momento, é possível visualizar o caráter autônomo obtido pelo princípio da separação de poderes que consegue desvencilhar-se da histórica doutrina da Constituição Mista. Há uma consequência importância nessa relação entre poderes e soberania popular: se a representação do

¹³⁶ Eles se apropriaram de um trecho escrito no livro VIII, capítulo XVI, intitulado “Propriedades Distintivas da República”. Nesse trecho, Montesquieu afirma: “É da natureza humana de uma república que seu território seja pequeno; se não for assim, ela dificilmente poderá subsistir. Em uma grande república, existem grandes fortunas e conseqüentemente pouca moderação nos espíritos; há depósitos grandes demais a se colocar nas mãos de um cidadão; os interesses se tornam particulares; um homem compreende, em primeiro lugar, que poderá ser feliz e poderoso sem a sua pátria, e depois perceberá que só poder ser poderoso sobre as ruínas da pátria” In: MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.135.

povo está presente em todos os poderes, perde fundamento a aceitação de uma supremacia do Poder Legislativo.

Na visão dos federalistas, a criação de um controle efetivo sobre o Poder Legislativo passava pela sua fragmentação. Surge-se, assim, o Senado cujos membros deveriam ser eleitos pelos legislativos estaduais e que participaria, junto à Câmara dos Representantes, da formação da vontade legislativa nacional. Além disso, competiria ao Senado uma função moderadora em face à outra casa legislativa, evitando-se que as maiorias ocasionais pudessem corromper o interesse público. No âmbito do Poder Executivo, o Presidente toma o lugar do Monarca; assim, competiria a este desempenhar a função executiva e fiscalizar, conforme se observará abaixo, a atuação do Poder Legislativo. O Poder Judiciário era considerado o menos temível em relação à usurpação da Constituição¹³⁷; há vários artigos que tratam da sua organização institucional, funcional, bem como definem as suas funções precípua. Para os federalistas, tal poder deveria guardar a vontade popular manifesta nos preceitos constitucionais.

Conforme já foi salientado, embora houvesse uma identidade teórica entre os autores federalistas, haviam, também, algumas grandes divergências que se fortaleceram após a criação da Constituição Norte-America em 1787. Nesse sentido, por exemplo, Hamilton vai defender a atuação de um Poder Executivo forte, capaz de impulsionar os seus intentos imperialistas. Segundo Bentes:

Na Convenção de Filadélfia, Hamilton propusera um modelo de separação de poderes que concentrava as decisões no Executivo. Ao longo dos debates, sugeriu, alternativamente, a formação de uma monarquia, a vitaliciedade do presidente e dos senadores e um

¹³⁷ Embora já houvesse, conforme observar-se à em citações reproduzidas no corpo desta pesquisa, fundamentos para a revisão judicial dos atos elaborados pelo Parlamento, não se imaginava, àquele momento, a força que o Poder Judiciário, por essa via, ganharia nos séculos posteriores. Veja o fragmento da obra em que há a percepção de um Poder que exercia menos perigos à Constituição se comparado aos demais: “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, **o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la.**” In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.458. A forte atuação do Poder Judiciário levou Jefferson, na primeira década do século XIX, a mudar de opinião, passando a defender a teoria da separação pura de poderes. Para análise desse ponto, consultar BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. *A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

poder de veto absoluto do Executivo ao Congresso, proposta que não obteve apoio de nenhum Estado. Após 1787, ainda defendeu a doutrina dos poderes inerentes-*inherent powers*- que afirmava a não restrição do presidente às atribuições explícitas das seções II e III do artigo II da Constituição.¹³⁸

Demonstrando o projeto imperialista de Hamilton, a pesquisa de Bentes afirma:

A compreensão hamiltoniana de sistema de separação de poderes guarda íntima relação com seu constitucionalismo imperial. Um executivo fortalecido, preferivelmente monárquico, serviria ao propósito de manutenção da ordem interna e coordenação nacional para a expansão comercial-militar externa.¹³⁹

Um dos pontos mais sérios da divergência entre os autores foi sustentado por Jefferson e vai se referir ao sistema de freios e contrapesos.

Tal sistema significou, na visão de muitos juristas contemporâneos, a grande contribuição do modelo norte-americano para a formação da teoria da separação de poderes. Na proposta federalista, esse instituto permitiria a contenção entre as funções estatais:

Os fundadores das nossas repúblicas (...)esqueceram-se de que os aumentos sucessivos do Poder Legislativo, reunindo todos os poderes nas mesmas mãos, podem conduzir à mesma tirania que as usurpações do corpo executivo. Num governo em que prerrogativas extensas e numerosas estão nas mãos de um monarca hereditário, com razão se teme o Poder Executivo, e com razão se olha para ele com aquela inquietação que deve inspirar o zelo da liberdade. Numa democracia em que o povo exercita diretamente as funções legislativas, e em que, incapaz de deliberações regulares e de medidas refletidas, se adia entregue à ambição e às intrigas dos seus magistrados executivos, também estes podem aproveitar-se de uma ocasião favorável para tomarem tirânico o seu poder.¹⁴⁰

¹³⁸ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.81

¹³⁹ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.82

¹⁴⁰ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.306

Assim, os federalistas propõem, um sistema de freios e contrapesos que permitira a criação de uma engenharia de controle a ser exercido de forma recíproca entre os poderes, evitando-se a usurpação de competências de um em face do outro. Tal modelo teria, segundo eles, ao contrário do que havia sido dito pelos anti-federalistas, inspiração no grande oráculo do século XVIII- Montesquieu.

Assim, Madison desenvolve uma série de argumentações e proposições que buscam demonstrar como deve-se efetivar esse sistema de controle recíproco, garantindo-se a independência de cada um dos poderes. Destaca, primeiramente, a importância de que cada funcionário público não seja dependente do outro poder em relação ao pagamento dos seus emolumentos (independência financeira); argumenta sobre a importância da garantia da inamovibilidade dos juízes, preceito imprescindível para se manter a imparcialidade dos julgamentos; propõe a divisão do poder legislativo, fragmentando-o não só em relação aos órgãos, mas também em relação às competências e regras eleitorais¹⁴¹; dentro da temática de controles externos, propõe a adoção de um veto atribuído ao Poder Executivo. No artigo 65, Hamilton falará sobre a competência do senado nos processos de *impeachment*; no artigo 72, fará uma ampla exposição sobre o papel do Senado no controle dos atos de indicação de autoridades feita pelo Presidente da República; ao judiciário, reserva a competência para invalidar atos dos demais poderes que contrariassem a Constituição. Sob essa questão há trechos da obra que já se referiam, antes da paradigmática decisão, proferida em 1803 pela Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury x Madison*, à competência do Judiciário em rever os atos inconstitucionais do Parlamento:

Algumas dúvidas se têm suscitado sobre o direito atribuído aos tribunais de justiça de declarar nulos, como contrários à Constituição, atos do corpo legislativo; porque se pensa que de semelhante doutrina resultaria a superioridade do Poder Judiciário sobre a legislatura, visto que uma autoridade não pode declarar nulos os atos de outra sem que lhe seja necessariamente superior.

¹⁴¹ Por exemplo, a ocorrência de eleições em períodos diversos, atribuindo-se aos representantes mandatos diferenciados. In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.319.

(...)Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da Constituição é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, **todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade**. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

(...)A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

(...) **Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juizes devem obedecer:** por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.¹⁴²

Os membros do Poder Judiciário também deveriam ser fiscalizados pelo Congresso Nacional: “(...)a Constituição dá, além disso, ao corpo legislativo um freio para conter os juizes, quando concede a uma das câmaras o direito de acusá-los e a outra o de julgá-los.”¹⁴³

O posicionamento do Judiciário em relação ao sistema de freios e contrapesos foi objeto de divergências entre os federalistas. Durante o período da Convenção de Filadélfia, Jefferson era contrário à ideia da supremacia do poder legislativo que, uma vez corrompido, geraria um despotismo eletivo. Entretanto, na primeira década do século XIX, preocupado com a supremacia do judiciário que poderia advir do modelo de *judicial review*, o autor modificou o seu posicionamento, passando a defender a teoria da separação pura dos poderes e um amplo controle popular sobre cada uma das funções estatais.

No período pré-constitucional, Jefferson condenava a separação pura dos poderes e o fortalecimento desmedido do Legislativo.

¹⁴² In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. pgs.459-460

¹⁴³ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.476

(...) Na primeira década do século XIX, Jefferson ainda defendia a teoria dos freios e contrapesos, mas repudiava a fraqueza dos meios de controle da atuação da Suprema Corte. Deste período até o fim de sua vida, sua correspondência demonstra uma evolução gradual pelo abandono desta teoria e pela adoção da doutrina pura, que defende como única forma de manter a independência dos poderes frente à ação do Executivo e, principalmente, do Judiciário.¹⁴⁴

Bentes ressalta, ainda, que o modelo exposto acabava, na visão de Jefferson, elegendo apenas um único intérprete da Constituição- o Poder Judiciário, quando o princípio da soberania popular exigia que todos fossem igualmente responsáveis por esta tarefa¹⁴⁵.

Madison defendia o controle judicial de constitucionalidade, mas não legitimava a possibilidade de uma supremacia judicial. Na Convenção de Filadélfia chegou a propor modelos mistos de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário e pelo poder Executivo, permitindo-se, ainda, a revisão da decisão por uma maioria qualificada do parlamento; entretanto, o autor vai rever o seu posicionamento, especialmente no período pós-revolução, e passar a defender a atuação da Suprema Corte, acreditando que residia aí o segredo da manutenção da estabilidade da nova federação:

A intensa produção de leis e os embates entre a esfera federal e estadual que percorreram as primeiras décadas do século XVIII, porém, fizeram com que Madison confiasse mais no papel estabilizador e unificador que a Suprema Corte representava.
(...) Madison alterou sua concepção de *judicial review*, passando a considerar o Judiciário como o órgão supremo na atividade de interpretação constitucional.¹⁴⁶

É notório que o modelo de controle apresentado pelos federalistas no período pré-constitucional, alijava a participação do povo, embora isso não fosse assumido expressamente:

¹⁴⁴ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. pgs.72-73

¹⁴⁵ No capítulo III, essa questão será retomada.

¹⁴⁶ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. pgs.77

Embora a participação política dos cidadãos seja menosprezada neste modelo político, a retórica federalista se negava a assumir o seu caráter refratário à vontade popular. O objetivo dos freios e contrapesos seria impedir a manifestação efêmera e conturbada do povo por meio de mecanismos de filtragem, dos quais se destacam o papel do Senado e da Suprema Corte. A vontade popular não seria esquecida ou alijada do governo, mas sim submetida a uma ponderação *murement reflectie*.¹⁴⁷

Os pensadores denominados antifederalistas vão criticar o projeto dos federalistas, afirmando que tratava-se de um plano conduzido por uma minoria para aumentar as suas fortunas, garantindo-se benefícios para alguns bem-nascidos.¹⁴⁸ Assim, entoando trechos de Montesquieu, já abordados na seção anterior, que demonstravam os riscos da concentração de poderes em um mesmo corpo, defenderam uma separação rígida dos poderes, considerando inviável qualquer intromissão de um poder em face do outro. Para essa corrente, o sistema de freios e contrapesos, pedra angular do pensamento dos federalistas, acabava por restringir a arena política e violar o princípio da soberania popular. Desse modo, formou-se a denominada teoria pura da separação de poderes que enfeixava, de forma estanque, um conjunto de competências para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, defendendo, em prol da soberania popular, a proeminência do parlamento. Na crença antifederalista, a proposta trazia inúmeras vantagens em face ao modelo federalista, citando-se: a) por permitir uma verdadeira separação de funções, a proposta evitava a concentração de poder, sendo mais viável para a defesa das liberdades; b) gerava *expertise*, propiciando, pela ampliação das capacidades institucionais, a melhoria da eficiência governamental; tal argumento também vai ser usado para defender a separação das funções pelos federalistas; c) ao demarcar um quadro mais claro do que competia a cada poder, esse esquema organizacional facilitava a compreensão da estrutura política por parte do povo, possibilitando um efetivo controle deste em relação ao governo.

¹⁴⁷ BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Pg.57

¹⁴⁸ PENNA, Camila. Uma análise da influência de Locke, Montesquieu e Rosseau no pensamento federalista estadunidense. *Pensamento Plural*. Pelotas, ano 8, n. 04, 65-83 jan/jul. 2011.

A doutrina antifederalista, ao negar o sistema de *check and balances*, acabou incorrendo em dois problemas: a) problema de efetividade, pois a operatividade cotidiana das funções estatais exige o desempenho de atividades, ainda que mínimas, típicas de outro poder¹⁴⁹; b) problema de controle, pois não se apresenta um projeto alternativo ao sistema de freios e contrapesos que impeça a usurpação de competências de um poder em face do outro. Sob o primeiro problema, os Federalistas se pronunciaram no artigo 47, após densa análise da obra de Montesquieu e do texto de cada Constituição dos Estados recém-independentes. Assim, demonstraram que a proclamada separação absoluta dos poderes não tinha adequabilidade teórica e nem prática, pois nenhuma das Constituições analisadas proibia algum tipo de ingerência requerida de algum poder em face da competência do outro:

Citando todas essas circunstâncias, em que a separação completa dos três poderes não tem sido observada, não quero defender a organização particular dos diferentes governos dos Estados; porque sei muito bem que no meio dos excelentes princípios, proclamados pelas Constituições respectivas, aparecem vestígios manifestos da precipitação, e mais ainda da inexperiência com que foram organizadas. Sei que muitas vezes o princípio fundamental que se examina tem sido infringido por demasiada confusão, e mesmo por verdadeira consolidação dos poderes; e que nunca se fez disposição eficaz para que fosse mantido em prática o poder proclamado em teoria. A minha intenção tem sido fazer ver que a acusação, feita à Constituição, de infringir um princípio sagrado para todo o governo livre, não é fundada nem no verdadeiro sentido atribuído a este princípio por seu autor, nem naquele que até aqui se lhe tem dado na América.¹⁵⁰

A concepção dos federalistas acabou triunfando com a aprovação da Constituição Americana de 1787. Vile chega a destacar que

¹⁴⁹ Bentes cita a compreensão do sistema de precedentes que, em alguma medida, vincula-se com as atividades do judiciário. In: BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.49. Hoje, em pleno século XXI, os exemplos são inúmeros; assim, a título de exemplo, cita-se o exercício de atividade administrativa pelo Executivo e pelo Judiciário, como imperativo para a manutenção da sua autonomia.

¹⁵⁰ In: HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.304.

The division of functions between agencies of government who will exercise a mutual check upon each other although both are elected, directly or indirectly, by the same people, is a unique American contribution to modern constitutional theory.¹⁵¹

Da mesma forma, Penna¹⁵² vai destacar que a interpretação americana do princípio da separação de poderes é original, embora tenha fundamentos extraídos de autores como Locke e Montesquieu.

Assim, ao finalizar a presente seção, pode-se compreender, de forma mais adequada, quais foram os fundamentos teóricos que sustentaram a teoria do princípio da separação dos poderes no século XVIII. Assim, de um lado, parte do constitucionalismo liberal vai ser influenciado pelas matrizes inglesas (Locke) ou francesa (Montesquieu) que, adicionadas à um forte conteúdo político-teórico que reforçava os fundamentos da soberania popular, vão adotar uma tripartição de poderes mais rígida, dando centralidade à função legislativa. De outra parte, Estados que foram influenciados pelo constitucionalismo liberal americano, inundado das ideias federalistas, vão implementar um sistema fundado no entrecruzamento de competências e no controle recíproco entre as funções estatais. Tal sistema, que defende, como uma das formas de fiscalização recíproca, o controle judicial de constitucionalidade, permitirá um avanço da atuação do Judiciário. Assim, dilemas já enfrentados pelos federalistas sobre os riscos da supremacia judicial, rememorados nesta seção, passarão a ser alvo de análises profundas dos constitucionalistas nos séculos posteriores. Tais análises serão investigadas no próximo capítulo, especialmente nas seções afetas às defesas de uma orquestração institucional que ora vão empenhar as suas defesas pelo deferimento da última palavra em matéria constitucional ao Poder Judiciário, ora vão repudiá-la, substituindo-a pela supremacia parlamentar.

Portanto, não há como negar a contribuição dos americanos na edificação do que veio a ser o princípio da separação de poderes; a organização de um sistema organizacional que vai se autonomizar do modelo de Constituição mista, o sistema de freios e contrapesos, o cuidado com as garantias e estruturação do Poder

¹⁵¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.p.111.

¹⁵² PENNA, Camila. Uma análise da influência de Locke, Montesquieu e Rosseau no pensamento federalista estadunidense. *Pensamento Plural*. Pelotas, ano 8, n. 04,65-83 jan/jul. 2011.

Judiciário são formulações que não se achavam prontas no Segundo Tratado sobre o governo civil e no Espírito das Leis.

Assim, já exposto os argumentos desta seção, podemos ratificar a afirmação inicialmente feita- a compreensão moderna do princípio da separação de poderes foi construída lentamente, tecendo as suas características em três grandes nações (Inglaterra, França e Estados Unidos), pelo contributo de diversos teóricos, especialmente de Locke, Montesquieu, Hamilton, Jefferson e Madison.

CAPÍTULO III-AS TEORIAS DO DIÁLOGO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1- Introdução

Conforme observou-se no capítulo I, o constitucionalismo liberal edificou o princípio da separação de poderes tornando-o pedra angular para compreensão do constitucionalismo moderno. As diversas teorias abordadas no capítulo II, construíram o percurso teórico do que veio a ser a teoria da separação de poderes no século XVIII.

Atualmente, já passados mais de dois séculos, as complexas tensões que envolvem a relação entre as funções estatais continuam a denunciar a centralidade assumida pelo princípio¹⁵³. No constitucionalismo brasileiro, conforme se observará no próximo capítulo, as interações entre Executivo, Judiciário e Legislativo desvelam a necessidade de se (re) pensar as bases que sustentam a sua teoria.

Tal diagnóstico já foi feito pela literatura científica de diversas áreas. No campo jurídico brasileiro, entretanto, pouco avanço qualitativo obteve-se até o presente momento. Essa assertiva não é audaciosa; ao contrário, a sua constatação é bem simples: quais são os fundamentos que orientam a teoria do princípio da separação de poderes explanada no capítulo anterior? Uma rápida passagem pelos escritos dos cinco grandes mentores que dedicaram-se a princípio no século XVIII demonstrou que os substratos podem ser resumidos em quatro variáveis: a) separação entre os órgãos; b) divisão de competências; c) garantias que visam garantir a autonomia de cada função e d) sistema de freios e contrapesos. O que Assim, ainda que haja nuances sobre a interpretação moderna do princípio da

¹⁵³ Veja a reflexão de Waldron em artigo sobre a revisitação do princípio da separação de poderes, após indagar se tal princípio estaria obsoleto: Conversely, on my account, the Separation of Powers raises a genuine set of concerns and warns against a certain over-simplification of governance—concerns and a warning that are not given under the auspices of any other principle (though perhaps the rule of law comes close). The concerns do not evaporate even as the principle is made to seem impracticable. In: WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, v.433-468, 2012.

separação de poderes, pode-se afirmar que os diversos quadros são compostos pela combinação ou não de cada uma dessas variáveis. Compreendida essa premissa, indaga-se: o que os escritos contemporâneos, especialmente na Ciência Jurídica, acrescentaram a esse modelo? Filtrando um pouco o objeto de observação, pode-se aprimorar a inquietação: quais são as contribuições jurídico-brasileiras para o aperfeiçoamento desta proposta?

A exploração do banco de teses da CAPES demonstra a intensa produção jurídica dedicada, no contexto pós-88, à compreensão de cada uma das funções estatais, especialmente em relação ao Judiciário no âmbito do exercício da jurisdição constitucional. Considerando-se esse é um dado visível da produção científica jurídico-brasileira, não pode-se sustentar a assertiva feita no parágrafo acima pelo critério quantitativo. Entretanto, embora os trabalhos tenham qualidade em diversos aspectos, as investigações se orientam ainda por esses pilares: competências, separação orgânica, limites do sistema de freios e contrapesos. Há, dessa forma, uma investigação que diagnostica o espaço funcional ou orgânico conferido a cada instituição para, a partir daí, propor a ampliação de “novos poderes” para decifrar qual seria “a última porta de atuação” de cada função, sem que isso não signifique a subsersão do princípio em exame ou para legitimar a figura de um último guardião da Constituição. Portanto, poderia-se afirmar que, mesmo com coloridos diversos, os substratos exarados pelas proposições de revisitação do princípio da separação de poderes são ainda os mesmos construídos no constitucionalismo liberal.

Outro reflexo desse diagnóstico são os acórdãos dos tribunais superiores que, quando desenvolvem a compreensão do princípio, ainda colacionam os mesmos argumentos citados acima.

Há, assim, uma visão estática que não consegue acompanhar a complexa dinamicidade apresentada pelas relações estatais na contemporaneidade. Ainda que seja visível os diálogos travados pelos três poderes, não se explora, com aprofundamento, a riqueza dessas interações para a compreensão do princípio no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil.

É nesse contexto que o presente capítulo buscará investigar uma outra vertente para analisar o objeto da presente pesquisa: as teorias do diálogo.

Nesse sentido, na primeira seção serão exploradas algumas proposições teóricas que, sob diferentes matizes, buscam justificar a legitimidade de uma separação de poderes fundada na ideia de uma última palavra.

Na seção subsequente, far-se-á uma incursão nos principais aportes teóricos que tratam do diálogo institucional, sobretudo no debate canadense e norte-americano.

A contribuição do direito brasileiro é analisada através da obra que representa um divisor de águas na análise do princípio da separação de poderes no Brasil: a teoria proposta por Conrado Hubner Mendes. Tal arquétipo teórico, com algumas nuances propostas por esta pesquisa neste capítulo, sobretudo com a compreensão de esfera pública proposta por Marcelo Neves e a inclusão do Poder Executivo, formam o substrato teórico contemporâneo de uma teoria capaz de dar conta da complexidade apresentada pelo princípio da separação de poderes nas sociedades contemporâneas.

3.2- A defesa de uma última palavra

Parte da literatura científico-jurídica nacional e estrangeira descreveu argumentos substanciais que, no embate entre constitucionalismo e democracia, buscou demonstrar a relevância da última palavra para a estabilidade do Estado de Direito. Partindo-se dessa premissa, a focalização destas pesquisas era decifrar quem, legitimamente, deveria ser o guardião desta última palavra. A construção teórica realizada pela teoria constitucional ainda dedicou-se a rebater os argumentos do pretense caráter anti-democrático da *judicial review* ou da ineficiência dos parlamentos contemporâneos para debater questões afetas aos direitos fundamentais. Tal ineficiência ora se ancora na desmistificação da regra da maioria, princípio basilar das democracias representativas, ora na pretensa crise de representação sofrida pelas democracias hodiernas.

Defendendo as Cortes e os juízes constitucionais, o argumento da defesa das condições democráticas é um dos mais aparentes. Assim, procedimentalistas, claramente desfavoráveis a um ativismo judicial desmedido, reconhecem o papel decisivo das Cortes Constitucionais para a proteção da competição política. Um dos expoentes dessa vertente é Ely¹⁵⁴ para quem as Cortes Constitucionais possuem um importante papel de preservação do processo democrático, assumindo um caráter antitruste no âmbito do mercado político, reforçando as condições processuais para a tomada de decisões políticas adequadas. Tal percepção, em alguma medida, é compartilhada por Sustain¹⁵⁵. Ressalta-se que não se captura, na assunção dessa competência, a substituição da vontade popular, representada no âmbito dos corpos legislativos legitimamente eleitos. Trata-se, portanto, de uma corrente mais moderada a qual não observa na atribuição das Cortes um papel de resguardo da justiça das decisões tomadas pelo Parlamento. A negativa de tal assertiva levaria a um regime de Guardiões da Verdade Moral, retirando-se a capacidade de auto-governo da sociedade a qual passa a ser tratada dentro de uma visão paternalista, já que considerada em estado de orfandade¹⁵⁶. Uma corrente mais ativista observa na Corte, metaforizada pelo Juiz Hércules na teoria de Dworkin¹⁵⁷, a competência de resguardar o conteúdo moral da democracia.

Um segundo argumento decorre da atribuição do perfil contramajoritário das Cortes Constitucionais. Assim, a última palavra atribuída às Cortes impediria a tirania da maioria, resguardando os interesses de grupos minoritários atuantes do processo democrático. Tal argumento, embora bastante difundido em inúmeras publicações que tratam da jurisdição constitucional, pode, ao menos, ser relativizada na atualidade; a complexidade do mundo contemporâneo não possibilita a compreensão de maiorias ou minorias estáveis¹⁵⁸. Além disso, Waldron discorrerá

¹⁵⁴ ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.

¹⁵⁵ SUSTAIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁵⁶ MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Revista Novos Estudos*, São Paulo: Cebrap, n. 58, p. 183-202, Nov. 2000.

¹⁵⁷ Dworkin, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 91, 1993. P.641-642

que a tirania da maioria é algo que pode ocorrer e não se trata de uma questão diretamente relacionada às Cortes ou aos parlamentos¹⁵⁹.

Outro argumento advém das teorias do pré-comprometimento desvelado no momento do ato de instituição de uma nova ordem constitucional. Dessa forma, as escolhas democráticas desse ato precisam ser observadas por cada poder instituído e competiria a Corte a incumbência desta função.

Trata-se, igualmente, de um argumento questionável, pois denota o processo de elaboração da Constituição de forma estática e consensual. O ato do Poder Constituinte é, constantemente, inundado de uma diversidade de desacordos. A promulgação do texto constitucional não encerra tais desacordos e exige que a sua discussão continue sendo deliberada no âmbito da esfera pública. Portanto, especialmente quando se considera o processo de hermenêutica constitucional e a sua potencialidade de atualizar o sentido da Constituição, é censurável a fundamentação da guarda dessas opções, que encobrem razoáveis desacordos, à uma Corte Constitucional.

Uma variável deste argumento vai indicar que a decisão da Corte, quando incompatível, generalizadamente, com os anseios do povo poderiam ser demolidas pela via de uma Emenda Constitucional ou através do exercício de um novo Poder Constituinte Originário. Nesse ponto, observa-se um argumento subjacente a essa defesa- a possibilidade de falibilidade das instituições; assim, reconhecida essa possibilidade, a defesa do papel do Judiciário ancora-se na possibilidade de reversão desta decisão. Porém, tal argumento poderia ser usado para defender, em tese, a indicação de qualquer um dos poderes instituídos como detentor da última palavra.

Há autores que observam a direta relação entre o *rule of law* e o sistema de defesa das Cortes Constitucionais. Nesse sentido, conforme já descrito no primeiro capítulo, a instituição do Estado de Direito está correlacionada com o princípio geral de limitação do poder político. Assim, a disciplina do político pelo jurídico inicia-se no final do século XVIII e assume o seu apogeu no âmbito de algumas Constituições

¹⁵⁹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

que emergem no Estado de Bem-Estar Social. Emerge daí a compreensão de que os poderes constituídos precisam observar as definições, de natureza procedimental e substancial, definidas em cada Constituição. Porém, se a pretensão normativa era de um governo de leis e não de homens, quem teria o condão de garantir a supremacia do direito e não da política? A resposta levaria, enganosamente, ao Poder Judiciário. Ressalta-se que com matização desse argumento, é possível também defender a supremacia de qualquer outra das funções estatais. Em ambas as defesas, cria-se, com essa tese, a instituição de um intérprete último e oficial da Constituição. Por outro lado, tal qual preleciona Mendes, “A qualidade normativa da Constituição (e do direito em geral) é independente da existência de uma instituição que aplique sanções¹⁶⁰.” A teoria de um último intérprete também impulsionaria uma certa acomodação das demais funções estatais as quais poderiam contar com o regime de guardião a ser, sempre, assumido pela Corte; isso deporia contra o Estado de Direito que preconiza, desde o século XVIII, a respeitabilidade da Constituição por cada uma das funções instituídas e vai contra a proposta de abertura do círculo de intérpretes da Constituição.¹⁶¹

Um argumento conseqüente da instituição dos fundamentos do Estado de Direito é a tese da revisão judicial como elemento endógeno de limitação dos poderes. Assim, nesse cenário paradigmático, o princípio da separação de poderes precisaria de um elemento de limitação, um ponto de moderação. Nesse contexto, a revisão judicial funciona como um sistema de veto, controlando a atuação do legislador e do executivo. Tal argumento já estava presente no debate dos norte-americanos, no final do século XVIII, conforme observou-se na última seção do capítulo II.

Destaca-se que há outras modelagens que também permitem o balanceamento entre os poderes. Há, inclusive, sistemas jurídicos que instituíram o princípio da separação de poderes sem, contudo, criar um sistema judicial de

¹⁶⁰ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.99

¹⁶¹ Para a compreensão do círculo de intérpretes oficiais da Constitucional, vide a obra de Peter Haberle. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A.Fabris, 1997.

controle de constitucionalidade. Não se pode afirmar que, em tais sistemas, cada uma das funções são arbitrárias e podem tomar decisões ignorando a Constituição.

Outro desdobramento da teoria da separação dos poderes em prol da atuação das Cortes em matéria de direitos fundamentais é a racionalidade instituída por cada função estatal no âmbito do seu processo decisório.

Nesse sentido, caberia ao Poder Judiciário uma racionalidade vinculada ao caso concreto; ao legislador, tipicamente orientado para a solução de controvérsias no futuro, a estrutura do raciocínio desenvolvido seria mais próxima a instituição de normas gerais e abstratas. Assim assevera Mendes:

(...)a corte é treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra geral jamais poderá alcançar. Diferentemente do legislador que olha somente para o futuro, a corte tem uma abordagem tanto retrospectiva quanto prospectiva (e modula os efeitos que a decisão presente terá em casos futuros). É uma metodologia que opera de baixo para cima (bottom up) dos casos concretos nas generalizações modestas.¹⁶²

Não se negaria, excepcionalmente, a utilização de metodologias diversas por cada uma das funções estatais; entretanto, a expertise revelada pela Corte demonstraria um risco menor, uma menor falibilidade se comparado ao legislador, em matéria de decisões sobre direitos fundamentais. “A decisão judicial permitiria calibrar melhor do que a legislação o nível de abstração em que tais casos iguais (em matéria de direitos fundamentais) serão estabelecidos”¹⁶³. Ainda pode-se adicionar a esse argumento, por fundamentar-se na mesma matriz, a primazia da Corte em promover um fórum deliberativo. Assim, as Cortes poderiam escutar o interesse de todos os afetados e construir a racionalidade da decisão dessa esfera deliberativa. Os parlamentos, ao contrário, estariam preocupados com desejos majoritários. Por outro lado, a decisão da corte promoveria um intenso debate público, dando continuidade ao processo político; essa perspectiva demonstraria o

¹⁶² Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

¹⁶³ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.78.

seu potencial em promover uma deliberação não apenas entre os poderes estatais, mas também com a esfera pública.

Tais assertivas também não encerram, de forma absoluta, a exigibilidade, em democracias constitucionais, da supremacia judicial. Há decisões tomadas por Cortes Constitucionais que geraram, por algum tempo, uma acomodação dos conflitos ínsitos às sociedades contemporâneas e não promoveram, conseqüentemente, um âmbito debate público. Igualmente também poderia ser discutido a vinculação dos parlamentos aos interesses majoritários¹⁶⁴. A cegueira dos argumentos acima exarados, em prol das Cortes, não consegue visualizar que todas as instituições são falíveis e que a infalibilidade não pode ser eliminada mediante um mero arranjo institucional que define a composição dos órgãos ou o procedimento de construção das suas decisões.

Complementando tal argumento, autores como Michelman¹⁶⁵ e Dworkin vão apontar a adequabilidade das Cortes em decidir questões de princípio; tal assertiva decorre do seu arranjo institucional que eliminaria ou mitigaria o cenário judicial das disputas políticas.

A tese da imparcialidade, muitas vezes lida, enganosamente, como neutralidade, também alimenta a defesa das Cortes em prol dos parlamentos. Assim, a revisão judicial seria defensável, pois edificada em uma esfera acostumada a decidir livre de interesses particulares, ao contrário da ambiência verificada no âmbito dos parlamentos¹⁶⁶.

Tal tese, que poderia ser observada sob o viés de uma redoma apolítica que simbolizaria o espaço de atuação das Cortes também pode ser desconstruída com a observação de que estas não estão imunes aos conflitos ideológicos, às disputas de índole política. No cenário brasileiro, não é incomum encontrar artigos e ensaios jornalísticos que questionam a atuação “imparcial” do STF no julgamento de processos que claramente interessam, pela matéria, aos interesses governamentais.

¹⁶⁴ Qual interesse pode ser considerado majoritário em uma sociedade plural e complexa? Seria possível estabelecer, de forma absoluta, uma identidade majoritária substancial oriunda dos interesses expressos no âmbito de uma esfera pública eminentemente diversificada?

¹⁶⁵ MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

¹⁶⁶ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.76.

Exemplificadamente, pode-se destacar a discussão sobre a inserção, na pauta de julgamento do STF, da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como “mensalão”; naquele momento, os jornais¹⁶⁷ e as revistas de circulação nacional apontavam para episódios que indicariam uma tentativa de lobby de integrantes do partido político da atual Presidenta em relação ao poder de agenda da Corte. No passado, seja no direito pátrio, ou no direito comparado, também é possível identificarmos situações de tentativas de influência política no âmbito das decisões das Cortes Constitucionais, muitas vezes conduzidas sob a forma de ameaças no âmbito da estrutura e/ou da competência das Cortes Constitucionais¹⁶⁸. Nesse sentido, é ingênuo não observar as teias formais e informais de implicação recíproca entre as funções estatais ou defender um território neutro em qualquer uma delas.

Em prol da última palavra legislativa, são erigidos argumentos que buscam demonstrar o peso democrático desta instituição em face das Cortes. A discussão da supremacia dos órgãos eletivos e da desnecessidade destes órgãos curvarem-se à decisão judicial não é nova. No direito norte-americano, inúmeras são reações de órgãos eletivos no sentido de demonstrarem a legitimidade de descumprirem as decisões da Suprema Corte¹⁶⁹.

Na literatura jurídico-científica, Waldron¹⁷⁰ defende a supremacia do parlamento, ancorando-a no argumento de eleições equitativas e na regra da maioria; entretanto, em obra mais recente, aceita revisão judicial em situações atípicas e patológicas, tais como na ocorrência de parlamentos desfuncionais, de culturas políticas corruptas. No argumento do autor, as situações típicas ocorrem quando existem quatro elementos: a) instituições democráticas em bom funcionamento; b) instituições judiciais não representativas em bom funcionamento; c) um compromisso da sociedade com a idéia de direitos e d) um persistente

¹⁶⁷ Exemplificadamente, pode-se observar tal fato no âmbito da edição de 27 de maio do Estadão (PSDB quer interpelar Lula sobre tentativa de barrar mensalão) e a edição do jornal folha de São Paulo da mesma data (Está errado, diz ministro sobre reunião de Mendes com Lula).

¹⁶⁸ Refiro-me diretamente às tentativas de ampliação da composição do STF na história constitucional brasileira. Tais situações são retratadas na obra de Lêda Boechat. In: BOECHAT, Leda. História do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

¹⁶⁹ A decisão tomada pela Corte em Dred Scott v. Sandford e no início das políticas do New Deal podem ilustrar tal perspectiva, conforme análise de HOGG, Peter; BUSHELL, Alison; WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited-Or Much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, 2007. P.30.

¹⁷⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreements*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

desacordo de boa-fé sobre direitos¹⁷¹. A ocorrência dessa situação típica desautorizaria a atuação das Cortes como órgão responsável por dizer a última palavra sobre a interpretação da Constituição; apenas a ocorrência de um cenário em que há o déficit de um desses elementos é que a Corte estaria, excepcionalmente, legitimada a atuar.

Outros argumentos em prol do parlamento derivam da sua pretensa força representativa, manifesta no âmbito do processo eleitoral válido. Assim, comparativamente às Cortes, em sociedades contemporâneas, demarcadas pela diversidade e pela complexidade, os diversos interesses encontrariam ressonância nas arenas parlamentares que representariam o mosaico dessa pluralidade. Assim, observando-se a forma de atuação das Cortes, ou seja, a atuação incremental, e a forma de atuação dos Parlamentos, acostumados a lidar (teoricamente) com diversos interesses, é possível defender a atuação deste como democrático, já que a deliberação pública seria melhor canalizada na via (democrática) parlamentar. Um refinamento deste argumento levará a uma análise sob o prisma da eficiência dos poderes para acomodar os diversos interesses, muitas vezes opostos, no âmbito das sociedades atuais. Assim, os parlamentos teriam uma ascendência por lidarem com uma atuação capaz de gerar uma maior acomodação dos interesses do que a atuação, muitas vezes polarizada, dos parlamentos.

As argumentações acima exaradas podem ser desconstruídas contextualizando-se problemas enfrentados pela democracia representativa na contemporaneidade. Primeiramente, a observação do comportamento dos representantes eleitos demonstra o quanto pode ser frágil a visualização de um auto-governo coletivo extraído apenas do processo eleitoral válido. Assim, as democracias contemporâneas contam, muitas vezes, com representantes que agem direcionados estrategicamente para a defesa de interesses particulares e não coletivos. Por outro lado, ainda que sinceramente direcionados a defender os interesses dos representados, torna-se difícil, em sociedades plurais a concepção de uma identidade de representação extraída das preferências do eleitorado. Os autores que analisam a democracia no contexto do constitucionalismo democrático já observaram que esta não se esgota no procedimento eleitoral; esse é um

¹⁷¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

elemento relevante, mas a constituição do auto-governo coletivo decorre de um processo que levará em conta as atuações constantes do corpo legislativo eleito. Nesse sentido,

Congress is not us. The president is not us. The Air force is not us. We are not in those bodies. Their determinations are not our self-government. Judges overriding those determinations do not, therefore, necessarily subtract anything from our freedom, although the judges also, obviously, are not us. Their actions may augment our freedom. As usual, it all depends. One thing it depends on, I believe, is the commitment of judges to the processo f their own self-government.¹⁷²

Por outro lado, não é adequado negar o caráter democrático das Cortes em decorrência da sua forma de composição. Tradicionalmente, no âmbito de democracias representativas, o critério de composição das Cortes é fixado pela Constituição. Se a titularidade do Poder Constituinte Originário, em democracias, pode ser atribuída ao povo, é adequado compreender que a observância do desenho constitucional para a composição das Cortes, determinado por este poder, legitima democraticamente este órgão.

Também pode-se questionar a mitificação da regra da maioria a elevar a inclinação pelos parlamentos em prol das Cortes. Nem sempre a decisão por maioria representa o pensamento da maioria da opinião pública. Comportamentos estratégicos de uma minoria podem mascarar, sob o véu da maioria, o interesse realmente predominante. Simultaneamente, é preciso cotejar a pretensa possibilidade de maiorias estáveis no âmbito das democracias contemporâneas. Nesse sentido, Friedman:

Preferences are continually shaped and reshaped by public opinion. Every minute is an ordering and reordering for each of us about what we want and care about. The assumption that there is a majority

¹⁷² MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.p. 75. Tradução livre: O Congresso não é “nós”. O presidente não é “nós”. A Força Aérea não é nós. Nós não estamos nesses organismos. Suas determinações não são o nosso auto-governo. Juízes passando por cima dessas determinações, por consequência, não necessariamente subtraem algo de nossa liberdade, embora também os juízes, obviamente, não somos nós. Suas ações podem aumentar nossa liberdade. Como de costume, tudo depende. Uma coisa depende, creio eu, no compromisso dos juízes para com o processo de seu próprio auto-governo.

whose will embodied in government decisions is, at best, overstated. Decisions must be made at specific times....The political process cannot possibly reflect individual's and society's constantly changing preferences. More likely, a governmental choice is the result of structured decisionmaking that represents majority will only after rulling out many choices many people would have preferred.

(...)

Thus, the first premise of the counter-majoritarian difficulty-that there is no identifiable majority will-simply fails to describe accurately the vitality of the American electorate.¹⁷³

Portanto, é possível afirmar que preferências, no âmbito da opinião pública, são permanentemente passíveis de alteração, reflexo direto da caracterização das sociedades contemporâneas na qual a própria noção de certeza é colocada em xeque¹⁷⁴. Não há como classificar os diversos e complexos interesses que residem no âmbito da opinião pública em blocos estáveis, bipolarizados em maioria e minoria. Reafirma tal assertiva o pensamento de Mendes:

Pensar em termos de maioria e minoria, entretanto, é esconder a complexidade. A premissa de que a decisão do parlamento repercute a vontade da maioria parece supor que ali existe uma simples agregação de posições prontas, pré-formadas, convictas e inflexíveis. Nossas preferências, porém, são maleáveis e sujeitas a transformações por meio do debate, da experiência, de novas informações, etc.

(...) A vontade da maioria, enfim, não é um bloco monolítico e uníssono, mas heterogêneo. Seus componentes fizeram concessões à esquerda e à direita.

(...) Não há estabilidade e continuidade. A sintonia entre opiniões do povo e de seus representantes, quando há, é efêmera. Se assim é, o que as Cortes revogam pelo controle de constitucionalidade não pode ser, exatamente, a vontade da maioria.¹⁷⁵

¹⁷³ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review, v. 91, 1993. P.641-642. Tradução livre: Preferências são continuamente moldadas e remoldadas conforme a opinião pública. Cada minuto é uma ordenação e reordenação de cada um de nós sobre o que queremos e nos preocupamos. A suposição de que há uma maioria cuja vontade está incorporada às decisões do governo é, na melhor das hipóteses, exagerada. Decisões devem ser tomadas em momentos específicos. (...) O processo político não pode refletir as constantes mudanças de preferência individuais e coletivas. Mas provavelmente, uma escolha do governo é o resultado da tomada de decisões estruturada que representa a vontade da maioria só depois de excluir muitas escolhas que muitas pessoas teriam preferido. (...) Assim, a primeira premissa da dificuldade do contramajoritarismo - de que existe uma identificável vontade da maioria - simplesmente falha em descrever com precisão a vitalidade do eleitorado americano.

¹⁷⁴ Cf. PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996.

¹⁷⁵ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87-88.

O enfoque de investigação das teorias da última palavra, sejam as que defendem o Legislativo, reforçando as suas capacidades institucionais para lidar com os dilemas complexos da sociedade contemporânea, sejam aquelas que buscam justificar a adequabilidade das Cortes, não consegue observar a potencialidade de diálogo entre os poderes. Nesse sentido, destaca Mendes:

Num cenário, um legislador predominantemente egoísta e venal, dedicado exclusivamente ao alpinismo político, à expansão e perpetuação de seu poder, contra um heróico e impassível juiz defensor de direitos, líder do debate moral, e consciência crítica e educadora da democracia. No outro, um juiz verborrágico, legalista e ideológico contra um legislador virtuoso e de espírito público. (...) Teorias do diálogo (...) são também variadas, mas lidam melhor com essas duas faces à medida que se mostram menos preocupada com a última palavra. Na sua versão mais elaborada, a perspectiva do diálogo faz isso: aceita a falibilidade das duas instituições e a combina com um ambicioso projeto normativo que leve em conta as vantagens comparativas das duas, uma vez que não são mais necessariamente excludentes.¹⁷⁶

Assim, as teorias da última palavra acabam reduzindo a riqueza do espaço de construção constitucional na dimensão da esfera pública institucionalizada e não institucionalizada. O cotejo deste argumento com as premissas assumidas neste trabalho, especificamente abordados no primeiro capítulo- o constitucionalismo democrático- tornam insustentáveis a defesa tais teses.

3.3-As teorias do diálogo institucional

A seção anterior demonstrou os argumentos favoráveis e contrários à idéia de uma última palavra conferida ora ao legislador, ora ao Poder Judiciário. A plêiade de argumentos denota o quando a literatura jurídico-científica é dividida quando se trata da reflexão da relação entre os poderes e, em especial, da determinação de quem deve ser o último intérprete da Constituição. A miopia gerada por ambas as

¹⁷⁶ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

correntes acaba não focalizando¹⁷⁷ e, conseqüentemente, teorizando, as infinitas possibilidades de diálogo que podem ser travada entre os poderes institucionais. Também não exploram, de forma mais detida, o diálogo que deve ser realizado, simultaneamente, com a esfera pública.

Na ciência política, diálogo denota uma relação horizontal entre as funções estatais. “É uma imagem fecunda e expressiva para a política. (...) Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo”.¹⁷⁸

As teorias do diálogo se proliferaram em diversos países, conforme demonstra importante estudo de Bateup¹⁷⁹.

A presente seção visa demonstrar como o recente debate canadense apresenta elementos para a reflexão da inter-relação entre os poderes estatais. Também aborda-se, na sequência, alguns argumentos extraídos da literatura jurídico-americana. Ao final, observa-se o refinamento da teoria do diálogo a partir da proposta de Mendes¹⁸⁰.

3.3.1 O debate canadense

Na década de 80, o Canadá implementou uma Carta de direitos e liberdades (1982), elevando a condição constitucional os direitos fundamentais que, até então, tinham hierarquia infraconstitucional, o que gerava a possibilidade de ser alterada

¹⁷⁷ As teorias que defendem a supremacia judicial e a supremacia parlamentar até consideram algum grau de relação entre as funções estatais. Entretanto, como estão preocupadas em justificar a legitimidade das Cortes ou dos Parlamentos, acabam por não explorar, detidamente, a qualidade e o grau dessas interações e a sua riqueza em fortalecer, cotidianamente, o que compreendemos por Constituição.

¹⁷⁸ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

¹⁷⁹ Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p.4. Tradução livre: Teorias de diálogo constitucional têm proliferado recentemente devido ao potencial que muitos vêem nelas para resolver o problema de legitimidade democrática associado com a revisão judicial.

¹⁸⁰ Mendes, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

pelo Poder Legislativo. O documento integra a Constituição Canadense e abrange diversos direitos relacionados às liberdades fundamentais, aos direitos de participação democrática, a igualdade e as garantias processuais. Aborda, ainda, a questão da diversidade e a proteção das minorias culturais.

Na ocasião, as seções 32 e 33 do documento destacaram que todos os poderes necessitam observar tais direitos e, especialmente, à Corte competiria zelar pela adequabilidade constitucional dos atos legislativos. A peculiaridade do sistema, entretanto, objeto de intensas reflexões no campo científico, decorreu do desenho institucional criado: o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato legislativo pelo parlamento não levaria ao encerramento da questão, pois usando uma ressalva prevista na seção 33 da referida Carta, poderia o legislador reeditar o ato normativo declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário; tal prerrogativa ficou conhecida como *notwithstanding clause*. Tal assertiva pode ser extraída da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (Canadian Charter of Rights and Freedoms):

APPLICATION OF CHARTER

Application of Charter

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Exception

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

Exception where express declaration

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Observa-se que a seção 33, item 3, estabelece um prazo para a recusa do parlamento- 5 (cinco) anos.

Em 1997, um artigo escrito por Peter Hogg e Alison Bushell¹⁸¹ tentaram, a partir de intensa pesquisa que observou a atuação da Corte e a reação do parlamento em um período de 15 (quinze) anos, demonstrar a efetividade do diálogo institucionalizada na Carta Canadense de Direitos e Liberdades. Os autores descreveram que o parlamento, no período analisado, geralmente respondeu à Corte através de uma sequência legislativa (*legislative sequel*) imediata, materializada na reformulação do ato legislativo reconhecido como inconstitucional ou até na concordância formal da decisão da Corte, o que demonstrou um acordo entre Parlamento e Corte Constitucional. As hipóteses enumeradas vão além da aplicação da cláusula prevista na seção n. 33 que teria, apenas, impulsionado o diálogo entre as funções estatais destacadas. Destaca-se que os autores fazem uma importante constatação quando a um pretense conformismo do parlamento em relação à decisão tomada pela Corte: nem sempre tal conformismo simboliza o fim do debate; ao contrário, pode demonstrar o início de um diálogo entre os poderes públicos, exigindo que o parlamento busque novas argumentações, caso queira renovar a defesa do ato impugnado ou elabore novas formas para buscar os seus objetivos.¹⁸²

O artigo teve grande repercussão no âmbito da Ciência Jurídica Canadense¹⁸³, fomentando inúmeras produções científicas que o criticaram.

¹⁸¹ Trata-se de HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alisson A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: Osgoode Hall L. J. , 35, 1997. Tal artigo já foi incorporado nas científicas de juristas brasileiros. Assim, pode-se observar a referência na obra de Conrado Hubner Mendes. In: MENDES, Conrado Hubner. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁸² HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alisson A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: *Osgoode Hall L. J.* , 35, 1997. p. 101.

¹⁸³ Na sua tentativa de criar uma teoria dialógica que consiga explicitar as relações entre Parlamento e Cortes, Mendes faz uma detida análise dos críticos à pesquisa de HOGG e BUSHELL.

Mathen¹⁸⁴ chega a afirmar que o verdadeiro propósito dos autores foi legitimar o papel das Cortes diante na nova Carta Constitucional e parece entender ingênua a análise das reações observadas pelos autores.

Manfredi e Kelly seguem na mesma direção; assim, apontam problemas de natureza metodológica na pesquisa e asseveram que não é possível compreender como genuíno diálogo situações em que o Parlamento observa a decisão da Corte. Para os autores, apenas na situação de rejeição da decisão da Corte, por exemplo, aplicando-se a cláusula 33 é que poderia haver um diálogo institucional¹⁸⁵. Nesse sentido:

Contrary to what Hogg and Bushell assert, legislatures are never subordinating themselves to the Charter per se, but to the Court's interpretation of the Charter's language. Hogg and Bushell acknowledge that dialogue requires "a relationship between equals," but then gloss over the implications of that requirement by uncritically equating judicial interpretation of the Charter with the document itself. The study's assumption that only judicial interpretation of the Charter is authoritative is reflected in the curious decision not to consider decisions to appeal as a form of legislative response that promotes dialogue. An appeal explicitly communicates a democratic actor's judgement that a judicial decision is wrong in some sense. By contrast, legislative sequels that merely incorporate a judicial interpretation into new law do not challenge the judicial interpretive monopoly. However, as Tushnet notes, the "misplaced allocation of sole constitutional responsibility to the courts" debilitates democracy, even if legislatures can absorb judicially created constitutional norms into new statutes. **Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have an effective means to assert that interpretation.**¹⁸⁶

¹⁸⁴ MATHEN, Carrissima. Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on Charter Dialogue Revisited. In: *Osgood Hall L. J.*, vl. 45, n. 1, 2007.

¹⁸⁵ MANFREDI, Christopher, KELLY, James. Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell. *Osgood Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, 1999.

¹⁸⁶ MANFREDI, Christopher, KELLY, James. Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell. *Osgood Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, 1999. p.523-524. Tradução livre: Ao contrário do que Hogg e Burshell afirmaram, legisladores nunca se subordinam, eles mesmos, à Constituição por si, mas pela interpretação da Corte. Hogg e Burshell reconhecem que o diálogo requer "uma relação entre iguais", mas em seguida passam por cima das implicações dessa exigência ao, acriticamente, igualar a interpretação judicial da Constituição com o próprio documento. A suposição do estudo de que somente a interpretação judicial da Constituição tem autoridade é refletida na curiosa decisão de não considerar as decisões para recorrer como uma forma de resposta legislativa que promove o diálogo. Um recurso explicitamente comunica um ator de um julgamento democrático que a decisão judicial está equivocada em algum sentido. Por outro lado, continuações legislativas que apenas incorporam uma interpretação judicial em uma nova lei, não desafiam o monopólio de interpretação judicial. No entanto, como observa Tushnet, a "alocação equivocada de exclusiva responsabilidade constitucional para os tribunais" debilita a democracia, mesmo se os legisladores puderem absorver normas constitucionais judicialmente criadas, em novos estatutos. O diálogo genuíno só existe

No mesmo sentido, em análise mais recente, Macfarlane¹⁸⁷ assevera que há pouco diálogo genuíno, havendo mais casos de conformidade do parlamento às decisões da Corte.

Em 2007, em artigo abaixo referenciado, Hogg e Bushell responderam diretamente à Manfredi e Kelly. A referência é longa, mas faz-se a exposição do trecho pela sua relevância:

A second major line of criticism is that dialogue does not, and cannot, exist where final authority to interpret the Charter is vested in the courts. Christopher Manfredi and James Kelly, for example, suggest that the notion of dialogue is “flawed” because dialogue supporters assume “a judicial monopoly on correct interpretation,” and argue that “genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the constitution and have an effective means to assert that interpretation.” Manfredi criticizes the notion of dialogue because it equates judicial interpretation of the Charter with the Charter itself and, in so doing, does not give Parliament or the provincial legislatures credit for having a role in giving meaning to Charter values that is independent of judicial views.

(...)We would comment, first of all, that this is a semantic point. If “genuine dialogue” can only occur where legislatures share coordinate authority with the courts to interpret the constitution, then by definition it cannot exist in Canada, where legislatures have no such authority. Underlying the criticism, however, is a preference for a different constitutional order, and it is that preference that we will go on to discuss.

Our position is that the final authority to interpret the Charter rests properly with the judiciary (or, to put it differently, that judicial interpretation of the Charter is authoritative). In our view, societies that have a written bill of rights will require some body or institution to have the final authority to say what the bill of rights means, otherwise there would be a possibility for “interpretative anarchy.” In Canada, that task falls, and should continue to fall, to the courts. There are problems, to be sure, with giving this task to the courts, but for the reasons outlined below, the judicial branch is likely the “least dangerous branch” to charge with offering a final interpretation of the Charter.

We agree with the critics that, while assuming judicial supremacy over the interpretation of the Charter, we deny judicial supremacy over policy outcomes. In our view, although the legislative and executive branches are bound by judicial interpretations of the Charter, legislatures usually have the ability to respond, and usually

quando os legisladores são reconhecidos como legítimos intérpretes da Constituição e têm um meio eficaz para asseverar tal interpretação.

¹⁸⁷ MACFARLANE, Emmett. Dialogue or compliance? Measuring legislatures’ policy responses to court rulings. *International Political Science Review* 2013 34: 39.

do respond, to judicial decisions invalidating a legislative provision for inconsistency with the Charter. This was the whole point of "Charter Dialogue," and indeed the appendix to it (which describes the sequels to all the Charter decisions) demonstrates conclusively that the policy outcomes are

usually not those dictated by the courts.

We disagree with the suggestion that we assume a judicial monopoly on correct interpretation of the Charter. What we assume is a judicial monopoly on final interpretation of the Charter. We do not deny that the courts sometimes get it wrong. We each have a Charter decision or two that we think was incorrectly decided. All that was argued in "Charter Dialogue," and again in the 1999 response to Manfredi and Kelly, was that the Charter decisions of the courts, whether right or wrong, rarely preclude a legislative sequel, and usually receive one. Collectively, we take comfort in the ability of legislative bodies to respond to those Charter decisions where the courts simply "get it wrong."¹⁸⁸

¹⁸⁸ HOGG, Peter; BUSHELL, Alison; WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited-Or Much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, 2007. p.31-32. Tradução livre: A segunda grande linha de crítica é que o diálogo não existe e não pode existir onde a autoridade final para interpretar a Constituição é investida nos tribunais. Christopher Manfredi e James Kelly, por exemplo, sugerem que a noção de diálogo é "falha" porque apoiadores do diálogo pressupõem "um monopólio judicial sobre a interpretação correta", e argumentam que "o diálogo genuíno só existe quando os legisladores são reconhecidos como legítimos intérpretes da Constituição e têm um meio eficaz para afirmar a interpretação". Manfredi critica a noção de diálogo, pois essa equivale a interpretação judicial da Constituição com a própria Constituição e, fazendo isso, não dá ao Parlamento, ou aos legisladores provinciais, crédito pelo papel, independente do judiciário, em dar significado para os valores da Constituição. (...) Gostaríamos de comentar, em primeiro lugar, que este é um ponto de semântica. Se "um verdadeiro diálogo" só pode ocorrer quando os legisladores compartilham autoridade coordenada com os tribunais para interpretar a Constituição, então, por definição, ele não pode existir no Canadá, onde os legisladores não têm essa autoridade. Por baixo da crítica, no entanto, existe uma preferência por uma ordem constitucional diferente, e é essa preferência que vamos continuar a discutir. Nossa posição é a de que a autoridade final para interpretar a Constituição descansa adequadamente com o Judiciário (ou, em outras palavras, que a interpretação judicial da Carta é a oficial). Em nossa opinião, as sociedades que têm uma Constituição escrita exigirão algum órgão ou instituição para ter a autoridade final para dizer o que a Constituição significa, caso contrário, haveria uma possibilidade de "anarquia interpretativa." No Canadá, essa tarefa pertence, e deve continuar a pertencer aos tribunais. Há problemas, é claro, em dar essa tarefa aos tribunais, mas pelas razões descritas abaixo, o Poder Judiciário é provavelmente o "órgão menos perigoso" para incumbir a oferta de uma interpretação final da Carta. Estamos de acordo com os críticos que, embora assumindo a supremacia judicial sobre a interpretação da Constituição, negam a supremacia judicial sobre as questões políticas. Em nossa opinião, embora os poderes legislativo e executivo estejam vinculados por interpretações judiciais da Constituição, os legisladores geralmente, têm a capacidade de responder, e geralmente respondem, às decisões judiciais invalidando uma disposição legislativa por inconsistência com a Constituição. Esta foi toda a questão da "Constituição Diálogo", e de fato o apêndice a ela (que descreve as consequências para todas as decisões constitucionais) demonstra, conclusivamente, que os resultados das políticas geralmente não são os ditados pelos tribunais. Não concordamos com a sugestão de que pressupomos um monopólio judicial na correta interpretação da Constituição. O que nós pressupomos é um monopólio judicial sobre a interpretação final da Constituição. Nós não negamos que os tribunais às vezes erram. Cada um de nós tem uma ou duas decisões constitucionais que pensamos que foi incorretamente decidida. Tudo o que foi argumentado sobre a "Constituição Diálogo", e novamente em 1999, na resposta a Manfredi e Kelly, foi que as decisões constitucionais dos tribunais, sejam certas ou erradas, raramente impedem uma sequência legislativa, e, geralmente, recebem uma. Coletivamente, nós temos conforto na capacidade dos órgãos legislativos para responder a essas decisões constitucionais em que os tribunais simplesmente "erram."

Observa-se, assim, uma primeira recusa sobre a descrição do que seria o “genuíno diálogo”. Se o diálogo exige o desenho apontado pela crítica, é correta a afirmação que ele nunca existiu e nunca existirá no direito canadense. Por outro lado, o final da citação demonstra-se a anuência dos autores à existência de uma última palavra, mas não no sentido que, normalmente, é dado pelas teorias que defendem a supremacia judicial.

Andrew Petter¹⁸⁹ criticou as teorias do diálogo ressaltando os seus riscos: a) supervalorizar a possibilidade do parlamento em responder às Cortes; b) Subestimar atuação da Corte no âmbito das respostas em matérias de direitos e c) não observar o quanto o debate público sobre os direitos é pobre. Nesse sentido, afirma que a questão democrática canadense é relevante e precisa ser observada; entretanto, é um erro procurar resolver os seus dilemas buscando-se o aprimoramento de uma instituição na elevação de outra.

Igualmente, Knopff¹⁹⁰ salientou que a atuação das Cortes não acirram o diálogo; geralmente, quando a discussão envolve um intenso debate moral (aborto, homoafetividade, etc) a atuação judicial acirra a polarização de um conflito envolvendo direitos. Defende, assim, as decisões construídas pela via do processo legislativo, em face da sua potencialidade de melhor mediar os conflitos. Nesse sentido:

Forgive me if I resist this conclusion. I.d much rather look carefully to see if the legislative policy process is really as unaccountable- and undeliberative -as it is made out to be (which is exactly the kind of work that Queen.s University.s Janet Hiebert is contributing to the IRPP.s longer research studies on judicial policy-making). And if it turns out that the legislative process really is so terribly unaccountable, then I.d rather look for ways of reforming it than turn power over to judges. As a system of checks and balances, a .dialogue of the unaccountable. holds little attraction, especially if, as I think, it will not often achieve the central purpose of any good system of checks and balances: political moderation and compromise.¹⁹¹

¹⁸⁹ PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In *U.N.B.L.J.* Vol. 52, 2003, p. 196.

¹⁹⁰ KNOFF, Rainer. Courts Don't Make Good Compromises. Policy Options. April, 1999.

¹⁹¹ KNOFF, Rainer. Courts Don't Make Good Compromises. Policy Options. April, 1999.p.34. Tradução livre: Perdoe-me se eu resistir a esta conclusão. Eu prefiro olhar com cuidado para ver se o processo de política legislativa é realmente tão enigmático - e não deliberativo - como ele é feito para

Baker e Knopp¹⁹² demonstram que, em casos que a Corte está dividida, os parlamentos podem seguir a minoria vencida. Para Mendes, os autores “percebem as sutis diferenças simbólicas (e as implicações políticas) do julgamento unânime e do julgamento por maioria mínima (close cases)”¹⁹³. Em casos em que a decisão foi unânime, haveria a necessidade do Parlamento aprofundar os seus argumentos, caso queira voltar-se contra a Corte; o grau de fundamentação da sua reação é mais intenso do que naquele em que a Corte dividiu-se.

Em texto mais recente, Knopff¹⁹⁴ ressalta a habilidade dos juízes, especialmente quando as decisões dividem internamente a Corte. Nesses casos, é possível que, no futuro, sejam pela entrada de novos juízes, seja por mudanças de concepções morais, as decisões sejam revistas. Depois de trinta anos de vigência da Carta de Direitos do Canadá, o autor aponta inúmeras revisões da Corte sobre casos moralmente complexos.

Morton¹⁹⁵ demonstrou que a oposição entre Minoria e Maioria ínsita ao debate sobre o papel dos parlamentos e das Cortes é falsa; assevera que o que se observa é a disputa de duas minorias que podem ser invertidas no âmbito de uma decisão judicial, ou seja, a Corte promoveria a minoria derrotada no parlamento, tornando-a vitoriosa. Assim:

Contrary to the rhetoric of majority rule and minority rights, on most contemporary rights issues there is an unstable and unorganized majority or plurality opinion, bracketed by two opposing activist minorities. In terms of political process, the effect of a Supreme Court Charter ruling declaring a policy unconstitutional is to transfer the

ser (que é exatamente o tipo de trabalho que Janet Hiebert, da Queen University, está contribuindo para os estudos mais longos do IRPP sobre construção de políticas judiciais). E se acontecer de o processo legislativo ser realmente tão terrivelmente enigmático, então prefiro procurar maneiras de reformá-lo do que entregar o poder aos juízes. Como um sistema de freios e contrapesos, um diálogo do inexplicável tem pouca atração, especialmente se, como eu acho, tal diálogo não atinge, frequentemente, o objetivo central de qualquer bom sistema de freios e contrapesos: moderação política e compromisso.

¹⁹² BAKER, Dennis; KNOPFF, Rainer. *Minority Report: A parliamentary Power to Resolve Judicial Disagreement in Closet Cases*. *Windsor Y. B. Access Just*, v. 21, 2002.

¹⁹³ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. P.157.

¹⁹⁴ KNOPFF, Rainer. *Charter Reconsiderations*. *National Magazine*, 2012, 21:2.

¹⁹⁵ MORTON, F. L. *Dialogue or monologue? Policy Options*. April, 1999.

considerable advantages of the policy status quo from one group of minority activists to the other.¹⁹⁶

Kent Roach¹⁹⁷ teria desenvolvido as idéias de Hogg e Bushell, buscando demonstrar que não é adequado para a democracia, no contexto canadense após a edição do referido documento, defender a supremacia de qualquer um dos poderes; dessa forma, explicitamente defende o diálogo em prol de um monólogo e entende que as reações do parlamento demonstram o quanto o diálogo reforça as capacidades institucionais dos poderes. Por fim, compreende que uma postura mais ativista de um dos poderes deve ser respondida através da mesma estratégia¹⁹⁸.

Hiebert critica o trabalho de Hogg e Bushell por compreender que a pesquisa não privilegia o debate interinstitucional, as questões afetas à governança entre as funções públicas, focalizando a sua análise no papel corretivo da Corte em face aos parlamentos. No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a política estreita-se ao escolher apenas um ator para ser o consertador entre as funções estatais. A idéia de compartilhamento, de consertação entre as funções estatais seria mais adequada para compreender a complexa teia que deve ser empreendida entre as relações estatais. Nesse sentido,

Are judges or elected representatives more likely to have better answers to rights conflicts? My answer is: Why must a polity choose one set of institutional actors and excuse or exclude the others? Better answers are likely to emerge when they are the products of carefully reasoned judgments about whether state actions are justified in light of a polity's fundamental normative values.¹⁹⁹

¹⁹⁶ MORTON, F. L. Dialogue or monologue? *Policy Options*. April, 1999.p.25. Tradução livre: Ao contrário da retórica do governo da maioria e dos direitos das minorias, na maioria das questões de direitos contemporâneos há uma instável e desorganizada maioria ou pluralidade de opinião, suportada por duas minorias ativistas opostas. Em termos de processo político, o efeito de uma decisão constitucional da Suprema Corte declarando uma política inconstitucional é transferir as vantagens consideráveis do *status quo* da política de um grupo de ativistas minoritários para outro.

¹⁹⁷ ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. *Irwin Law*, 2001.

¹⁹⁸ The answer to unacceptable judicial activism under a modern bill of rights is legislative activism (....)Tradução livre: A resposta para o excess de ativismo judicial sobre direitos é o ativismo legislativo. ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. *Irwin Law*, 2001. p.296.

¹⁹⁹ HIEBERT, Janet. Chater conflicts: What is Parliament's role? Québec: *McGill-Queens University Press*, 2004. p. 72. Tradução livre: São os juízes ou os representantes eleitos mais propensos a ter melhores respostas para os conflitos de direitos? Minha resposta é: Por que deve um governo escolher um conjunto de atores institucionais e desculpar ou excluir os outros? Melhores respostas provavelmente surgirão quando forem produto de julgamentos cuidadosamente fundamentados sobre

Na visão desta autora, o aspecto positivo da Carta de Direitos Canadense foi criar um sistema de justificação recíproca entre as funções estatais; assim, cada um dos Poderes passou a ter que fundamentar adequadamente as suas práticas, não podendo agir de forma irracional. É interessante observar a contribuição relevante de Hiebert quando do desenvolvimento da compreensão de responsabilidades compartilhadas, ainda que observando a expertise genuína de cada uma das funções estatais: a percepção de uma linha horizontal que une os poderes no dever de interpretar a Constituição no âmbito de suas práticas. Tal dever ficaria subsumido no âmbito das teorias da última palavra e geraria um risco de incitação de uma postura cômoda, que poderia levar à instituição de práticas inconstitucionais, pois a fidúcia da guarda da Constituição seria retirada das responsabilidades monoliticamente atribuída ao detentor da última palavra. Na visão de Bateup²⁰⁰, a compreensão adequada da teoria do diálogo explora os melhores aspectos da teoria de Hiebert e Barry Friedman.

Hogg e Bushell responderam as críticas em 2007, quando fizeram a análise de um novo período de decisões que desafiaram reações do Parlamento e, na sequência, da Corte. Anteriormente, fizeram críticas pontuais, mas apenas em 2007 buscaram fazer uma intensa reflexão sobre as suas considerações, incluindo-se situações não contempladas àquela época, como as decisões que a Corte enfrentou, declarando inconstitucional o ato do parlamento, e para as quais não havia a possibilidade de aplicação da seção n. 33:

To date, our own participation in the “dialogue about dialogue” has been limited to short replies to the critiques of a few authors. However, the din of collective voices analyzing, attacking, defending, discussing, adapting, and applying the dialogue metaphor has finally grown too lively for us to resist. This article attempts a more comprehensive review of the growth since 1997 of the phenomenon we describe as dialogue and a more considered analysis of the views of our critics. With the Charter’s greater maturity, and, in particular, with some of the laws that were modified in response to early Charter decisions now coming back to the Court for a “second look,” the nature of the dialogue between the courts and

serem ou não as ações do Estado justificadas à luz de valores normativos fundamentais de uma política.

²⁰⁰ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

legislatures has become more complex. For example, the Court has been called upon to consider several challenges to election laws under section 3 of the Charter, a section for which the section 33 legislative override power is unavailable.²⁰¹

A partir daí reconheceram a disseminação da prática do diálogo no âmbito da relação Parlamento x Corte, mas entenderam a possibilidade de uma última palavra a ser deferida à Corte. Esse ponto será importante ao se abordar a teoria de Mendes, pois traz um subsídio de compreender-se a idéia da última palavra de uma forma relativa, ou seja, não como um ponto final na discussão, mas, observando-se o processo político a longo prazo, como uma forma de se dar continuidade ao diálogo institucional.

Em artigo mais recente, Dixon²⁰² observa que a potencialidade para o diálogo estatuída pela Seção 33 precisa de uma teoria do diálogo mais adequada, capaz de distinguir radicalmente a compreensão do modelo americano, fundado na supremacia judicial, e o modelo canadense. Para o autor, o erro das pesquisas até então construídas é o mesmo das teorias que visam legitimar a supremacia judicial; assim, a observação da prática canadense até a promulgação do seu trabalho (2009) demonstra que poucas foram as vezes que o Parlamento Canadense usou da cláusula não obstante²⁰³. Portanto, a aplicação dessa exceção não pode ser considerada o cotidiano da Corte Canadense, o que não significa retroagir para as teorias da última palavra ou negar o que já é visível- a interação entre as instituições, embora por diversos caminhos. Nesse sentido, afirma:

²⁰¹ HOGG, Peter; BUSHELL, Alison; WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited-Or Much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, 2007. p.6. Tradução livre: Até o momento, a nossa própria participação no "diálogo sobre o diálogo" tem sido limitada a respostas curtas para as críticas de alguns autores. No entanto, o barulho de vozes coletivas analisando, atacando, defendendo, discutindo, adaptando e aplicando a metáfora do diálogo tem finalmente crescido muito animada para resistirmos silentes. Este artigo busca uma análise mais abrangente do crescimento, desde 1997, do fenômeno que descrevemos como o diálogo e uma análise mais pormenorizada das opiniões dos nossos críticos. Com uma maior maturidade da Constituição, e, em particular, com algumas das leis que foram modificados em resposta às decisões constitucionais, agora retornando à Corte para uma segunda análise, a natureza do diálogo entre os tribunais e os legisladores tornou-se ainda mais complexo. Por exemplo, a Corte foi chamada a examinar vários desafios às leis eleitorais sob a seção 3 da Constituição, uma seção para a qual a seção 33 está indisponível.

²⁰² DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference. Public Law and Legal Theory Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> and The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Nov., 2011.

²⁰³ Tradução livre da cláusula *notwithstanding clause* prevista na Carta Canadense.

At the same time, there have been relatively few cases—no more than four at the SCC level—in which dialogue has truly been tested. This means that it is still premature to draw firm conclusions about the relative strength or weakness of *Charter* review by Canadian courts. Even more important, while generally acting consistently with the requirements of new dialogue theory, the SCC has not endorsed its premises, such that the future of dialogue still hangs in the balance.²⁰⁴

Dixon tem razão ao discorrer que alguns erros cometidos pelas teorias que buscam legitimar a supremacia da Corte- e pode-se incluir, pelo mesmo fundamento, as defesas da supremacia parlamentar. Assim, o fetiche da lógica maioria x minoria ainda aparece no âmbito de algumas análises, ainda que em um outro formato, mas não conseguem superar uma crítica já apresentada na primeira parte dessa seção- o caráter contingencial, na atualidade, em especial se considerarmos o sistema democrático-partidário brasileiro, de minorias e majorias.

Entretanto, é importante observar que, ao buscar explorar a relação entre as funções estatais a partir das ações e reações, ainda que na forma de deferências entre os poderes, a teoria do diálogo canadense supera o viés unidirecional das teorias da última palavra, abrindo um caminho construtivo para a compreensão do princípio da separação de poderes no âmbito da Contemporaneidade.

A exigência de fundamentação das decisões de cada um dos poderes no Canadá e o reforço das capacidades institucionais, fortalecida pela institucionalização da cláusula não obstante, conforme relatou alguns autores acima, é um ponto relevante para a reflexão sobre a adequada compreensão do princípio da separação de poderes na atualidade. Igualmente, as noções de responsabilidade compartilhadas, a compreensão, ainda que não tão explícita quanto na obra de Mendes, de Hogg, Bushell e Wright sobre a possibilidade de provisoriedade da última palavra e a aceitação da fabilidade das instituições também são argumentos cruciais para essa pesquisa que serão, ao final deste capítulo e no subsequente,

²⁰⁴ DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference. Public Law and Legal Theory Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> and The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Nov., 2011. Tradução livre: Ao mesmo tempo, tem havido poucos casos nos quais o diálogo foi realmente testado. Isso significa que ainda é prematuro tirar conclusões definitivas sobre a relativa força ou fraqueza da revisão constitucional pelas cortes canadenses. Ainda mais importante, apesar de vir geralmente agindo de forma consistente com as exigências da nova teoria do diálogo, o Tribunal Canadense não vem endossando suas premissas, de modo que o futuro do diálogo ainda é incerto.

explorados para a devida compreensão da investigação que se pretende. Simultaneamente, a riqueza das pesquisas empíricas realizada por alguns autores acima destacados permitiu a observação do horizonte de possibilidades de interações, formais e informais, entre as funções estatais. Assim, se é adequado o argumento que desconfia do caráter dialógico de qualquer ação do parlamento que, aparentemente, cumpre a decisão da Corte, é igualmente relevante a tematização de outras ações que, sob uma aparente obediência, simboliza uma reação institucional. Nesse sentido, a adequada interpretação sobre a continuidade do diálogo depende fortemente de uma compreensão do funcionamento dessas instituições no contexto em que estão inseridas, considerando-se variáveis sociais, políticas e culturais.

No tópico abaixo, serão feitas algumas incursões sobre a teoria do diálogo no debate norte-americano com o objetivo de encontrar outros argumentos que possam auxiliar na compreensão do princípio da separação de poderes na dimensão dialógica.

3.3.2 O debate norte-americano

Em 1803, através de uma decisão judicial que ficou conhecida como o caso paradigmático do controle difuso de constitucionalidade das leis, Marshall desenvolveu um interessante raciocínio para fundamentar a possibilidade da intervenção do Judiciário no ato das demais funções estatais; assim, discorreu que, enquanto poderes constituídos, cada uma das funções apresentava limites claros definidos no âmbito da Constituição norte-americana. Conforme observou-se no final do capítulo II, os fragmentos do que viria a ser o controle judicial de constitucionalidade já estavam expostos em alguns artigos dos federalistas.

A tese da supremacia judicial, que hoje já é uma realidade no direito norte-americano, foi e continua a ser questionada, conforme observou-se no presente capítulo. As teorias constitucionais que abordam o diálogo constitucional buscaram demonstrar uma nova visão desta problemática.

No contexto norte-americano, as teorias do diálogo são bem diversas e a sua apresentação torna-se algo complexo, pois os argumentos são de diferentes vertentes teóricas e não há uma linearidade, nem temporal e nem material, sobre a sua edificação²⁰⁵. Bateup²⁰⁶ busca reconstruir esse debate utilizando-se de uma taxonomia entre teorias que observam o diálogo no contexto do debate judicial e teorias que o observam em uma perspectiva estrutural.

Os primeiro estudos que levariam a compreensão do diálogo no contexto judicial norte-americano emergiram a partir de 1960, com as publicações de Alexander Bickel. É dele a autoria de uma das expressões mais utilizadas na relação entre Cortes e Parlamentos: a dificuldade contramajoritária. Para muitos autores, a influência de Bickel no direito constitucional americano é tão grande que ele chega a ser considerado o maior constitucionalista de sua época, influenciando diversas teorias que apareceram após os seus escritos.

Sua principal obra foi publicada em 1962²⁰⁷. Nela, Bickel tenta enfrentar o dilema de Madison, buscando fundamentações para legitimar o controle judicial de constitucionalidade. A dificuldade contramajoritária enfrentada por este autor poderia ser sintetizada na preocupação em compreender como juízes, que não estavam sujeitos ao procedimento de *accountability*, poderiam anular atos de autoridades eleitas. Segundo Bickel, um dos argumentos previstos na decisão paradigmática acima destacada é que os poderes constituídos possuem limites definidos no âmbito da Constituição pelo próprio povo; portanto, a declaração de invalidação de norma que desrespeita tais limites não contrariaria a decisão da maioria, ao contrário,

²⁰⁵ Cf. argumentos apresentados por MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁰⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. A autora propõe a seguinte metodologia: The Part begins with an examination of the most prescriptive theories, moving progressively along the prescriptive-descriptive axis towards the more positive theories of dialogue. At the end of this assessment, we will have a clearer idea of which theories are the most normatively successful in the constitutional dialogue family, and a better understanding of ways in which the dialogue project should be further advanced in the future. Tradução livre: A parte começa com um exame das teorias mais prescritivas, movendo-se progressivamente ao longo do eixo prescritivo-descritivo em direção às teorias mais positivas do diálogo. No final dessa avaliação, teremos uma idéia mais clara de quais teorias são as mais normativamente bem sucedidas na família do diálogo constitucional, e uma melhor compreensão das maneiras pelas quais o diálogo se projeta, deverá estar mais avançada no futuro.

²⁰⁷ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. Há partes desta tese em que se utilizará a versão de 1962, apenas no que se refere ao primeiro capítulo.

caminharia em sua direção. O problema, porém, não se resolve, pois a compreensão da expressão povo é altamente abstrata, às vezes icônica²⁰⁸. Nesse sentido, discorre

Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of "the people," the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th *Federalist* denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power—denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. "It only supposes," Hamilton went on, "that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former." But the word "people" so used is an abstraction.²⁰⁹

Ao desenvolver a necessidade das Cortes atuarem dentro de um princípio de prudência, Bickel demonstra que nem todas as decisões enfrentam, com o mesmo grau, a denominada dificuldade contramajoritária²¹⁰.

Dialogando com as investigações de Thayer²¹¹, o autor também preocupa-se com a possibilidade da prática do controle judicial de constitucionalidade enfraquecer as democracias²¹².

²⁰⁸ Refiro-me à imagem construída por Muller, na obra *Quem é o povo?*, sob o sentido icônico que essa expressão pode assumir. MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2000.

²⁰⁹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962. Cap. 1. p. 16. Tradução livre: Marshall fez isso quando ele falou de impor, em nome do "povo", os limites que eles estabeleceram para as instituições de um governo limitado. E isso tem sido feito, desde então, da mesma forma, por todos os demais comentaristas. O próprio Marshall seguiu Hamilton, que no Artigo 78, negou que a revisão judicial implicava uma superioridade do poder judiciário sobre poder legislativo - negou, em outras palavras, que a revisão judicial constituía controle por uma minoria não representativa de uma maioria eleita. "Isso só supõe," Hamilton continuou, "que o poder do povo é superior a ambos, e que onde a vontade do legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem reger-se pela última ao invés da primeira". Mas a palavra "povo", tão usada, é uma abstração.

²¹⁰ "Not all constitutional decisions have the same weight, the same reach, the same binding quality; not all encounter with equal degree of shock the counter-majoritarian difficulty; some are nearer the passive end than others." Tradução livre: nem todas as decisões constitucionais tem o mesmo peso, o mesmo alcance, a mesma qualidade; nem todas vão ao encontro com a denominada dificuldade contramajoritária; algumas se aproximam mais de uma postura passiva do que outras. In: BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

²¹¹ THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American doctrine of constitutional Law*. Boston: Little Brown and Company, 1893, p. 1-34. Para Thayer, o recurso à revisão judicial poderia diminuir a responsabilidade política do povo, pois não incentivaria o processo educativo decorrente da correção do próprio erro.

Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature. "The legislatures," wrote James Bradley Thayer at the turn of the century, are growing accustomed to this distrust and more and more readily inclined to justify it, and to shed the considerations of constitutional restraints -certainly as concerning the exact extent of these restrlctions(...).²¹³

A preocupação com outras questões democráticas é denotada na interlocução com obras de Robert Dahl e Truman²¹⁴, apontando-se o quanto é complexo a análise das democracias atuais.

Uma das principais contribuições de Bickel para o desenvolvimento das teorias do diálogo entre as funções estatais é o desenvolvimento da ideia de virtudes passivas como parâmetro para a compreensão do papel das Cortes na atualidade. Tal postura seria observada quando a Corte, ao invés de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato normativo, resolve não decidir. O “fabuloso mistério do tempo” e a experiência, assim, poderiam evitar que os juízes se envolvessem em questões de conveniência, impróprias para uma atividade judicial fundada na prudência, bem como decidissem em momentos em que a problemática ainda não foi devidamente discutida junto à opinião pública. Nesse ponto, as virtudes passivas possibilitariam a deliberação pública através de diversos canais democráticos, propiciando, nesse processo, a maturação da questão, a sua acomodação no âmbito da sociedade e a obtenção de uma solução mais adequada pelas Cortes²¹⁵. Como analisa Mendes

²¹² Essa problemática é realizada, atualmente, por Mark Tushnet. In: TUSHNET, Mark. Policy Distorcion and Democractic Deliberation: Comparative Illumination of teh Counter-Majoritarian Difficulty, *Michigan Law Review*, VI. 94, 1995.

²¹³ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merril, 1962. p.22. Tradução livre: Além de ser uma verificação contra-majoritária no Legislativo e no Executivo, a revisão judicial pode, num sentido mais amplo, ter uma séria tendência, ao longo do tempo, de enfraquecer o processo democrático. A revisão judicial expressa, é claro, uma forma de desconfiança nos legisladores. "Os legisladores", escreveu James Bradley Thayer na virada do século, estão crescendo acostumados com essa desconfiança e cada vez mais prontamente inclinados a justificá-la, e lançar as considerações de restrições constitucionais – certamente sobre a extensão exata dessas restrições.

²¹⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merril, 1962. p.18-19.

²¹⁵ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986. p.116.

As virtudes passivas deixam espaço aberto para isso. Como a Corte somente pode decidir com base em princípio (para que seja vinculante e dotada de autoridade), a maneira de possibilitar soluções de compromisso é não decidir. Escapa da armadilha binária da obrigação de invalidar uma lei ou legitimá-la. Equilibra-se numa zona intermediária. Usa de uma válvula de escape para driblar a obrigação de decidir com base em princípio. Pratica uma sabedoria institucional ao deixar não decidido e viabiliza um gradual exercício de “tentativa e erro”.²¹⁶

Assim, observa-se, na obra de Bickel, que a Corte deve esgotar as possibilidades de diálogo e apenas decidir quando for necessário. O julgamento necessário alia-se a uma decisão prudencial, ou seja, o momento adequado para a decisão adviria de situações em que o conhecimento da Corte sobre a matéria é substancial (expertise) ou a urgência da decisão naquele momento demande uma postura ativa da Corte. Também poderia ocorrer quando, diante de uma vastidão de informações, tal instituição pudesse fundamentar a sua tomada de decisão em não se abster. Portanto, a regra geral que deve orientar o comportamento da Corte é a de não decidir; as virtudes passivas de Bickel são, claramente, um freio à atuação das Cortes.

Simultaneamente, pode-se observar um direcionamento para a sua atuação quando previsível a realização de impactos profundos no âmbito da sociedades nesses casos, na ocorrência de uma das três hipóteses destacada no parágrafo acima, ou seja, havendo necessidade de se decidir, a Corte deveria ser prudente e não buscar, através da sua decisão, implantar mudanças de forma brusca; o autor utiliza a metáfora de uma ogiva e de uma bomba-relógio para demonstrar que a atuação da Corte deve evitar espamos violentos, zelando pela continuidade do governo.

The Court is seen as a continuum. It is never, like other institutions renewed at a single stroke. No one or two changes on the Court, not even if they include the advent of a new Chief Justice, are apt

²¹⁶ Mendes, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.114.

to be as immediately momentous as a turnover in the presidency. To the extent that they are instruments of decisive change Justices are time bombs, not warheads that explode on impact.²¹⁷

Nesse aspecto, Barron faz uma análise diversa de Bickel, pois considera a Suprema Corte como um importante canal para as transformações sociais:

In the borderland, between law and politics, new uses for the corrective capacities of courts continually arise. But there are uses-for uncertainty. As the public becomes more acquainted with the uses of judicial process for radical social change, public awareness increases that the paths a court can travel in decision are not set by a very clear compass. A new candor arising from the tension in the political and social order has destroyed the old apparatus of legal and constitutional certainty. But integrity is apparent amid the rubble. The enormous resiliency, the constant possibilities for modest advance and subtle retreat, makes the Court one of the most sensitive sources for social change in the United States.²¹⁸

Para Bickel, a Corte o Parlamento participam, conjuntamente, de um processo de fomento da deliberação pública; tal processo conduziria a Corte a encontrar princípios universalizáveis mais adequados. Nesse contexto, as Cortes teriam uma função educativa, promovendo um colóquio entre os diversos participantes envolvidos em discussões que envolvam dilemas profundos sobre a Constituição. Há, nitidamente, um caráter político na atuação das Cortes, mas não da forma como, às vezes, é apresentado no debate constitucional brasileiro.

²¹⁷ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill, 1962. p.31. O Tribunal é visto como um *continuum*. Nunca está em uma situação, como outras instituições, que pode ser renovado em um único golpe. Nem uma ou duas mudanças no Tribunal, nem mesmo se eles incluem o advento de um novo Chefe de Justiça, são aptas para ser tão imediatamente momentâneas como uma virada na presidência. Na medida em que eles são instrumentos de mudanças decisivas, juízes são bombas-relógio, e não ogivas que explodem com o impacto.

²¹⁸ BARRON, Jerome. The Ambiguity of Judicial Review: A Response to Professor Bickel, 1970 *Duke Law Journal*, 1970, 591-604. Tradução: Na fronteira, entre direito e política, novos usos para as capacidades corretivas dos tribunais continuamente surgem. Mas existem usos para a incerteza. A medida que o público torna-se mais familiarizado com os usos de processo judicial para mudanças sociais radicais, a consciência pública aumenta de que os caminhos que um tribunal pode trilhar para decidir, não são definidos por uma bússola muito clara. Uma nova integridade cresce a partir da tensão da ordem política e social que tem destruído o velho aparelho de segurança jurídica e constitucional. Mas a integridade é aparente no meio dos escombros. A enorme resiliência, as possibilidades constantes para avanços modestos e recuos sutis, faz do Tribunal uma das fontes mais sensíveis para a mudança social nos Estados Unidos.

O papel político das Cortes em Bickel pode ser visualizado no exercício das virtudes passivas, na construção de uma razão prudencial diante dos casos complexos, considerando-se seriamente os argumentos construídos pelos demais poderes, e na busca pela efetividade das suas decisões. Assim, as questões que envolvem dilemas profundos de constitucionalidade não se encerram dentro de um estrito código binário- constitucional x inconstitucional- mas exigiria um comportamento estratégico da Corte para encontrar o momento adequado para se decidir. Se é correto observar que tal percepção não encerra as possibilidades e desafios do diálogo que deve ser promovido entre as funções estatais, tal perspectiva ressalta a necessidade de se problematizar o papel estratégico das Cortes, que pode ser positivo, no sentido atribuído por Bickel, mas também negativo, obstruindo a possibilidade de uma deliberação pública mais ampla. Nesse sentido, Mendes, analisando a obra de Bickel afirma:

A decisão de esperar é feita por uma ponderação que está fora da análise de estrita constitucionalidade. Envolve a percepção do momento oportuno e maduro para a mudança de rota do projeto constitucional. Difícil sustentar que ela não integre as variáveis decisórias da revisão judicial. O desafio é saber como lidar com essa técnica que, quando utilizada de maneira dissimulada, impede o debate, o controle e a crítica, e permanece no conforto das escolhas subterrâneas.

A participação da Corte na política é mais sutil e imaginativa do que o senso comum admite. Não se trata somente de aplicar o direito ou proteger a sociedade contra as suas fraquezas e vicissitudes, mas também de criativamente liderar a agenda pública sobre temas amortecidos e dormentes, apontar horizontes e provocar reações. Nada disso é captado por teorias da interpretação, que não nos permitem ler a rica teia estratégica do que a corte está enredada. Bickel traz a clareza disso, e mostra que a última palavra é uma questão de grau.²¹⁹

Dahl²²⁰ também já havia, antes da obra de Bickel, atentado para o caráter político da atuação das Cortes. Para Dahl, em algumas situações que envolvam desacordos profundos em matéria de direito, a Corte não conseguiria decidir apenas com fundamento das fontes jurídicas tradicionalmente existentes (precedentes, a lei,

²¹⁹ Mendes, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.117.,

²²⁰ DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: *Journal of Public Law*. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, p. 279-295.

a Constituição). Nesse ponto, a ponderação para a escolha de uma dentre diversas alternativas denotaria o aspecto político da Corte. Ao contrário de Bickel, Dahl buscará demonstrar que a atuação da Corte, geralmente, está fortemente ligada ao pensamento majoritário, não havendo, nessas situações, o exercício de uma função contramajoritária.

É inegável a contribuição de Bickel para a construção das teorias do diálogo. Tal fato fundamenta-se no seu desvelamento de um contexto mais amplo para a análise das relações entre as funções estatais em contextos democráticos do que aquele apresentado pelas teorias da última palavra. Simultaneamente, embora já discutida por outros autores, Bickel ressaltou a posição da política da Corte, inovando ao enfatizar os significados implícitos e simbólicos que podem existir na fixação da agenda dos Tribunais Constitucionais na atualidade.

No debate norte-americano, outro autor que vai se aproximar, em alguma medida, da proposta de Bickel é Sustain.

Sustain trabalha a partir da perspectiva de uma democracia que é fundada no reconhecimento do dissenso, necessário e inevitável, trançando linhas que buscam demonstrar o papel dos poderes constituídos no desenvolvimento da deliberação pública. Nesse contexto, Sustain vai analisar e defender, em situações contextuais, o minimalismo judicial. Para o autor, fatores tais como a falta de informação ou conhecimento necessário para solucionar casos difíceis, a escassez do tempo, as pressões sociais, a necessidade de consideração dos argumentos de todos os atores do processo apontariam para a importância de uma atuação judicial fundada na construção de decisões estreitas e rasas²²¹, o que evitaria ou mitigaria os impactos, especialmente na situação de erro, de decisões largas e profundas. Tal perspectiva permitira a continuidade do debate sobre as questões de alta controvérsia no âmbito da esfera pública e reduziria as possibilidades de erro oriundo de decisões maximalistas inadequadas.

²²¹ Decisões estreitas estão preocupadas com a solução do caso concreto. Decisões rasas não procuram formular regras abstratas e gerais para solucionar a questão, de forma categórica, no futuro; geralmente, a profundidade de uma decisão maximalista pode ser observada na edificação de argumentos substantivos audaciosos que visam encerrar o debate, apresentando-se como um óbice para a deliberação pública.

O minimalismo pode ser observado a partir da sua dimensão procedimental ou substancial. Na primeira perspectiva, a postura do silêncio simboliza a relevância da atuação proclamada para a Corte nas situações acima descritas; assim, ela decide apenas o necessário, produzindo acordos parcialmente teorizados e propiciando a continuidade do debate público das questões não enfrentadas. Sob o segundo aspecto, as Cortes protegem a violação dos direitos do indivíduo consubstanciado em compromissos constitucionais.

Há situações, entretanto, que as Cortes podem atuar de uma forma mais maximalista. Tal postura seria exigida em contextos em que os juízes estão seguros sobre as principais questões discutidas na situação concreta, quando houver necessidade de planejamento, quando a decisão judicial da Corte mitigar custos ou quando reforçar os pressupostos democráticos.

Observa-se, portanto, que não há, em Sustain, uma regra absoluta de não intervenção: a postura minimalista será exigida em decorrência das condições contextuais apresentadas. O que deve se atentar é que, tal qual em Bickel, para o autor não é o Judiciário a esfera mais adequada a solucionar dilemas sociais complexos, promovendo abruptas e amplas reformas sociais²²². Nesse sentido,

(...)Martin Luther King foi uma fonte muito mais importante de mudanças constitucionais do que qualquer ou até mesmo todas as decisões sobre questões raciais da Suprema Corte do Justice Warren.

Em todo caso, os canais políticos são frequentemente muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes. Os valores individuais podem ser mais facilmente refletidos em resultados que sejam benéficos para diversos grupos e interesses. Se as questões de moralidade possuem uma tendência para se tornarem questões de Direito Constitucional, a sua decisão final entre apenas nove juízes pode ser prejudicial para a prática da cidadania.²²³

Uma Corte que sempre prolata decisões maximalistas arrisca-se, pois pode obstaculizar o processo democrático e onerar os custos sociais e políticos de uma decisão que seja errada.

²²² O autor critica a decisão em *Roe v. Wade* por ela ter decidido amplamente, em um período curto, regras a serem seguidas em relação ao aborto, não possibilitando o desenvolvimento da questão pela via do debate público. SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass. London: Havard University Press, 1999.

²²³ SUSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.186-187.

Sustein parece ter uma profunda desconfiança sobre Cortes que atuam, generalizadamente, de forma ativista. A sua análise acaba, em sintonia com Bickel, demonstrando que uma das feições da Corte- a virtude passiva- é capaz de propiciar a continuidade do debate, ora com a esfera pública, ora com os demais poderes que também são co-responsáveis pela promoção da democracia de feição deliberativa.

Segundo Bateup²²⁴, os autores Katyal²²⁵, Luna²²⁶ e Krotoszynski²²⁷ são os principais estudiosos que abordam a deliberação da Corte a partir de Conselhos. Tais teorias se aproximam ao observar que, na interpretação constitucional, as Cortes podem demonstrar caminhos para os demais poderes, seja conservando a norma constitucional, mas apontando as mudanças necessárias, o que permitirá que os atos normativos possam sobreviver às mudanças sociais que se aproximam, seja invalidando-as pelo vício de inconstitucionalidade, mas propiciando um debate público. Na análise de Bateup²²⁸, tais teorias são relevantes ao fomentar o diálogo entre os poderes sobre a interpretação da Constituição, fortalecendo a responsabilidade de cada um diante da esfera pública e da Constituição.

Katyal²²⁹ buscou demonstrar como o Judiciário pode responder à sua responsabilidade constitucional e, ao mesmo tempo, colaborar com a prática parlamentar através de uma postura explícita de aconselhamento. Assim, identifica os diversos tipos de aconselhamento que podem decorrer de uma decisão da Corte, embora não descreva, pormenorizadamente, cada uma dessas técnicas. Tal perspectiva permitiria uma atuação mais proativa dos Tribunais, fortalecendo a democracia deliberativa, a responsabilidade coletiva e mitigando o ônus da dificuldade contramajoritária já abordada. Para o autor, a vantagem da teoria que aposta nos conselhos judiciais em face do minimalismo é propiciar alguma direção ao legislativo, sem interferir na sua necessária flexibilidade. Assim, as decisões

²²⁴BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p.18

²²⁵KATYAL, Near Kumar. Justices as Advicegivers. *Stanford Law Review*, v.50, 1997.

²²⁶LUNA,Erik. Constitutional Roadmaps. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v.90, 2000.

²²⁷KROTOSZYNSKI, Ronald J. Constitutional Flares: On judges, legislatures and dialogue. *Minn Law Review*, v. 1, 1998.

²²⁸BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p.19.

²²⁹KATYAL, Near Kumar. Justices as Advicegivers. *Stanford Law Review*, v.50, 1997.

continuam estreitas, mas possuem conselhos abertos direcionados aos demais poderes.

Com fundamento nas críticas tecidas por Bateup²³⁰, é possível destacar que a prática judicial fundamentada na proposição de conselhos não é, por si só, fomentadora do diálogo, pois pode transformar-se, ao longo do tempo, em apenas um mecanismo do Legislativo cumprir as determinações do Poder Judiciário.

Outras teorias focalizam a possibilidade do diálogo a partir do processo²³¹. Nesse contexto, caberia ao Judiciário não só ter decisões estreitas, deixando um espaço para a deliberação política, mas também chamar os demais atores políticos à responsabilidade pela interpretação constitucional, exigindo-lhes que considerem, em um segundo olhar, de forma fundamentada e consistente, os valores expressos no âmbito da Constituição não devidamente observados, seja pela tomada de decisão rápida, seja por questões afetas à crise ou até uma delegação mal sucedida. Bateup²³² ressalta, entretanto, que tal abordagem não gera, necessariamente, diálogo entre as funções estatais. Desse modo, é possível que o Legislativo vivencie um outro contexto e que a deliberação política sobre tal temática em segundo turno torne-se impraticável; também é possível que, diante deste novo cenário, a reanálise seja suficientemente relevante para ganhar um espaço de centralidade na agenda do Poder Legislativo.

Uma outra vertente encontrada no direito norte-americano observa a possibilidade de diálogo a partir de mecanismos institucionais. Tais teorias, ao não observar o diálogo apenas a partir do papel ativo ou negativo das Cortes, abordam pontos outrora obscurecidos pela preocupação fundamental com a dificuldade contramajoritária. Assim, em casos de profundos desacordos, a interpretação constitucionalmente adequada adviria de um rico debate, propiciado por

²³⁰ A autora destaca que tal proposição alia-se a algumas premissas, sem fundamentação empírica, que podem ser falaciosas: uma incrível desconfiança do Poder Legislativo e uma credulidade no Judiciário na solução de controvérsias difíceis. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p.19-22.

²³¹ COENEN, Dan t. A Constitution of collaboration: Protecting Fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. *William and Mary Law Review*, v. 45, 2001.

²³² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. p.26.

mecanismos institucionais, entre os atores políticos sobre o significado da Constituição.

Em um primeiro bloco de teorias, destacam-se aquelas que observam a Constituição como um empreendimento compartilhado por cada uma das funções estatais. Não haveria, assim, um único intérprete oficial da Constituição. Louis Fischer²³³ é um dos principais autores dessa corrente. Para o autor, as decisões judiciais não encerram, definitivamente, o debate constitucional; os demais poderes podem não concordar com a interpretação dada pelo Tribunal, recusando-a formalmente ou através da promulgação de leis que a contrariem. Por sua vez, os litigantes podem solicitar, aos tribunais, a revisão dos seus julgados. Nessas situações, os juízes podem ou não rever os seus julgados. Entretanto, a análise feita sobre essa modelagem permite perceber o processo decisório dentro de um circuito dialógico em que nenhuma função domina outra, mas são co-responsáveis e competentes pela construção do significado da Constituição através de debates vigorosos.

Em outro bloco de teorias, que poderiam ser definidas como de equilíbrio, o debate constitucional é conduzido pelos poderes e pela sociedade, formando-se, a longo prazo, decisões mais adequadas e estáveis.

O principal expoente dessas teorias no debate norte-americano é Barry Friedman²³⁴. Para o autor, o debate entre Cortes e Parlamentos não pode ser reduzido a questão contramajoritária; a relação entre as funções estatais acontece em uma teia mais complexa de influências e limitações recíprocas. Portanto, não há um poder absolutamente majoritário. Um dos equívocos das teorias que debruçam-se sobre o dilema contramajoritário é tentar desvencilhar as Cortes do sistema político; para Friedman, as Cortes não estão insuladas, fazem parte de um sistema de cooperação mútua e são produtos das forças políticas e ideológicas que permeiam a sociedade²³⁵.

²³³ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

²³⁴ Vide FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91, 1993; Trumping rights. *Georgia Law Review*, vl. 27, 1993 e The Politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2.

²³⁵ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, 101, 2003.

Para Friedman, é necessário atentar-se para o fato de que o sistema de governo integra percepções de diferentes grupos sociais; por sua vez, a interpretação constitucional feita pelas Cortes não encerra o debate público e nem a Constituição pode ser concebida como um texto fechado. O controle judicial de constitucionalidade das leis, dessa forma, não é um instrumento que representa a última voz no âmbito da sociedade, pois o processo deliberativo continua e a interpretação da Constituição está sujeita a variações decorrentes deste debate.

Em sua teoria, o Tribunal apresenta-se como um facilitador do debate a ser promovido por toda a sociedade, articulando a discussão, sintetizando as diversas opiniões existentes na tessitura social, protegendo as instituições políticas para a efetiva continuidade da deliberação pública e fomentando a participação de novos atores nessa interlocução. Não há, nessa perspectiva, espaço para um Judiciário que se reveste de uma posição mandatória ou de um parlamento subserviente. Dessa forma, o judiciário assume um importante papel, pois seria competente para mitigar os riscos de decisões constitucionalmente relevantes serem capturadas por imediatismos políticos; isso, porém, não apaga a co-responsabilidade dos demais poderes em participar, ativamente, do processo deliberativo. Simultaneamente, essa interação contínua entre esfera pública e poderes, Judiciário e demais poderes, bem como internamente, no âmbito de cada poder, forma círculos concêntricos de influência e limitação.

Deve-se notar a importância da compreensão de Friedman para a ressignificação do princípio da separação de poderes. As suas contribuições permitem a observação deste princípio dentro de um quadro político amplo e dinâmico da política. Utilizando-se a metáfora de uma porta com diversas fechaduras, Friedman aposta na compreensão deste princípio pela via da cooperação:

Part of the problem with the traditional separation-of powers critique is that we are far too prone to powers as a struggle. This tendency is understandable, for history suggests the framers' concept of tripartite government was that it be (1) separation as distinct as possible with (2) an elaborate system of checks each branch could use to prevent encroachment and overreaching. But even within this context there is another way to conceive of our governmental system.

Separation of powers - and other structural limitations - may just as well be thought of as a "cooperation of powers."
 (...) Picture a door secured with several locks, the key to each in another's hands. If the door is to be unlocked, the keyholders must reach agreement to do so.²³⁶

Para o autor, só a partir dessa perspectiva é que as Cortes poderiam encontrar o seu papel no debate democrático, não esgotando, com decisões absolutas e categóricas, o rica deliberação pública. A adequada compreensão do princípio da separação dos poderes não é extraída de um quadro estático de organização funcional ou orgânica, tal qual defendia as teorias tradicionais abordadas no capítulo II. Para Friedman, também não é o caso de desenhar um papel minimalista e maximalista; a relação entre as funções estatais acontece em um esquema de interação dinâmica entre as funções estatais e a opinião pública; as interações com a sociedade ocorrem em ciclos diversos daqueles situados na arena parlamentar. Assim, a Corte ora atua de forma mais reacionária, ora de forma mais tímida; não há uma relação direta entre a decisão da Corte e o pensamento majoritário predominante: em algumas situações, observa-se uma congruência; em outras um distanciamento provisório que propicia a continuidade do debate. A proposta do autor acaba por conseguir observar os ciclos de interação que, lentamente, podem gerar uma adequada interpretação constitucional dentro de sociedades demarcadas pelo pluralismo. Tal perspectiva chamaria os poderes à responsabilidade constitucional, contribuindo para “combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativa, a reduzir o afastamento e a dissonância entre representantes e representados”.²³⁷

Assim, pode-se observar, nessa seção, que há um profundo debate no direito norte-americano que é capaz de observar e prescrever a postura dialógica de cada

²³⁶ FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, v.65, 1992, p. 771-772. Tradução livre: Parte do problema com a tradicional crítica da separação de poderes é que nós somos muito inclinados a ver os poderes em uma luta. Essa tendência é compreensível, pois a história sugere que o conceito tripartite de governo dos autores foi a de que (1) a separação deve ser tão distinta quanto possível com (2) um sistema elaborado de controles que cada poder pudesse usar para evitar uma invasão. Mas, mesmo dentro deste contexto há outra maneira de conceber o nosso sistema de governo. Separação de poderes - e outras limitações estruturais - pode muito bem ser considerada como uma "cooperação de poderes. (...) Imagine uma porta protegida com várias fechaduras, a chave para cada em mãos dos outros. Se a porta tiver que ser destrancada, os possuidores das chaves devem chegar a um acordo para fazê-lo.

²³⁷ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.148.

uma das funções estatais. Nesse sentido, as teorias apresentam nuances diferenciadas que ora vão apostar no silêncio, ora em uma postura mais ativa das Cortes. Entretanto, não há, nessas teorias, um objetivo claro de se chegar à justificativa de uma posição judicial que afirme, categoricamente, a última palavra sobre o que é a Constituição, encerrando-se os debates no âmbito da esfera pública. Ao contrário, tais teorias, seja pela perspectiva da postura exigida das Cortes em democracias contemporâneas, demarcadas pela complexidade e diversidade, seja pela via de mecanismos institucionalizados, apregoam a necessidade da deliberação pública como a via mais adequada para a construção do sentido constitucional. Nessa dialogicidade, ora despontam os atores governamentais, ora emergem os atores sociais.

O resultante deste cenário é a edificação de uma proposta teórica muito mais rica para se entender o princípio da separação de poderes na atualidade. Entretanto, há ainda alguns apontamentos que, se melhor explorados, podem contribuir para um refinamento das propostas teóricas até aqui apresentadas. A próxima seção exporá a construção teórica proposta por Mendes²³⁸. Tal teoria é mais avançada em relação às anteriores porque salienta a possibilidade de uma última palavra provisória e ressalta a compreensão da discussão inter-institucional sob o viés do conceito de rodada procedimental.

3.3.3- O refinamento das teorias do diálogo institucional: a diferenciação da proposta de Mendes

Em recente obra publicada, Conrado Hubner Mendes²³⁹ faz um importante esforço reconstrutivo sobre as teorias do diálogo canadense e norte-americano. A sua metodologia, parcialmente aplicada nesse trabalho, permite a edificação de uma teoria inovadora capaz de explicar a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Trata-se de uma teoria dialógica que apresenta duas características

²³⁸ Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²³⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

fundamentais: a inserção do conceito de rodada procedimental e a percepção da necessidade de incorporação da tese da última palavra que, no bojo de sua teoria, passa a apresentar um sentido diverso. Assim, o autor busca não só descrever os diálogos existentes entre Cortes e Parlamentos, algo que seria inevitável, mas também propor uma dimensão forte de diálogo institucional, fomentando a deliberação pública como estratégia primordial para o desenvolvimento da democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

Mendes trata, no primeiro capítulo da sua obra, de diversas questões metodológicas que norteiam o trabalho e que são relevantes para a compreensão da sua pesquisa. Uma primeira advertência é que o autor não trabalha com a lógica binária, mas com um raciocínio gradualista. Assim, ainda que o percurso teórico traçado avance rumo às dicotomias estabelecidas, interdisciplinarmente, pela Ciência Política e pelo Direito, o autor as observa de forma dinâmica e não polarizada. Tal eixo investigativo permite a construção teórica de uma teoria que não identifica, como paradoxo incontornável, a possibilidade de diálogo interinstitucional conviver com a ideia de uma última palavra, ainda que dotada de provisoriedade.

Para Mendes, a compreensão do papel do Parlamento ou das Cortes na atualidade, exige a assunção de algumas premissas, muitas vezes ignoradas ou mal exploradas pelas teorias que apostam no fetichismo judicial ou legislativo.

Primeiramente, o autor abandona a busca de uma supremacia, seja parlamentar ou judicial, e a adota uma postura que observa a interação construtiva entre Cortes e Parlamentos. Assim, faz uma importante revisão da literatura para demonstrar a estreiteza dos argumentos exarados pelas teorias que apregoam a tese de uma última palavra materializada na revisão judicial ou na proeminência do parlamento. Tais teorias, conforme já se observou neste capítulo, acabam correndo um risco eminente: a criação de uma sobrecarga para o detentor da última palavra e a possibilidade de construção de uma cultura institucional de acomodação entre os demais poderes que poderiam deixar de se preocupar em formular argumentos constitucionais adequados e sinceros. Isso acabaria por enfraquecer uma cultura democrática difusa, própria às sociedades contemporâneas.

Em substituição ao modelo destacado, Mendes propõe uma análise das funções estatais, especialmente a relação entre parlamentos e cortes, a partir de uma perspectiva de troca constante de argumentos- a deliberação interinstitucional.

A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que podemos esperar de melhor de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes. Estimula uma competição pelo melhor argumento e traz a vibração do regime. Implanta uma pressão por consistência. (...)É um mecanismo que tenta evitar o esfriamento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença e a omissão de certas razões tidas como fundamentais na legitimação da política. (...)Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando considerarem que tem uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial.²⁴⁰

Deve-se observar que o autor compreende a necessidade, transitória, de uma última palavra que encerra o caso concreto, especialmente quando há demanda por uma decisão coletiva que valha para todos.

(...)claro que, em casos particulares, na maioria das vezes e num certo sentido, a decisão judicial encerra a disputa, os efeitos se consumam, são irreversíveis. Mas, quando estamos pensando na dimensão mais ampla da política democrática, na estratégia para pôr em prática esse ideal de autogoverno coletivo e no papel que a interpretação da Constituição cumpre nesse processo, não precisamos nos assustar tanto com a última palavra. Numa certa perspectiva, ela pouco importa.²⁴¹

Acredita-se, assim, que a expectativa demandada pelo Estado de Direito em relação à solução cotidiana de controvérsias, no plano concreto e individual, deva ser atendida pela atuação de uma autoridade que detenha, perante o desenho constitucional, a última palavra; entretanto, tal decisão não impede que tais temas sejam rediscutidos pela comunidade política, dando-se início a novas rodadas procedimentais.”Vista a partir deste ângulo, a revisão judicial é apenas um estágio

²⁴⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.203-204 e 210-211.

²⁴¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. Apêndice. Entrevista concedida à Sociedade Brasileira de Direito Público.

decisório a mais”.²⁴² A última palavra como algo estático que encerra o debate não compete a ninguém, pelo simples fato que ela não existe. “A política é uma sequencia ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica.”²⁴³

Ao desconstruir as teorias da última palavra, Mendes demonstra que os argumentos utilizados para questionar a revisão judicial, em especial a sua dificuldade contramajoritária, ou a natural legitimidade do parlamento escondem outros dilemas complexos que envolvem a teoria democrática na atualidade. Assim, ressalta que a questão democrática não pode ser solucionada apenas pelo princípio da representatividade ou a regra da maioria, especialmente considerando a pluralidade das sociedades contemporâneas, onde as maiorias são conjunturais. Nesse contexto, denota que a democracia contemporânea não precisa de um regime de guardiões que, em uma postura paternalista e ao mesmo tempo dentro de uma lógica de infalibilidade, infantiliza a sociedade, retirando dela a sua capacidade de se autogovernar. Dialogando com Dahl, Mendes sustenta que deve-se dar à sociedade a possibilidade de errar e aprender com os seus erros. Tal perspectiva aponta para a compreensão da longevidade do processo político e da relevância de que cada ação/reação institucional possa contribuir para a continuidade da deliberação pública. A democracia, assim, é um empreendimento coletivo, contínuo, sujeito a avanços e retrocessos²⁴⁴.

Outra questão relevante é o foco dado ao desenho institucional desta interação; o autor admite a importância deste, entretanto, assevera que o foco do intérprete deve ser na interação entre as funções, da consertação que gere procedimentos legítimos capazes de construir as melhores razões públicas, o que propicia a construção compartilhada da Constituição e o fortalecimento da democracia. Assim, a Constituição deve estabelecer um desenho institucional e determinar a autoridade que detém a última palavra provisória; porém, por melhor

²⁴² MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.176.

²⁴³ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.182.

²⁴⁴ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.43.

que seja esse desenho, ele não esgota todas as possibilidades de interação entre as funções estatais.

Mendes não está preocupado em construir, mediante a projeção de macro-reformas, o melhor desenho institucional, de caráter universalizável, embora reconheça que a deliberação é fruto dos mecanismos institucionais e da cultura política; a sua perspectiva é buscar “ver o modelo vigente sob a melhor luz possível”²⁴⁵. Assim, cada sociedade pode definir um arquétipo diferenciado de interação entre as funções estatais, entregando a competência da última palavra a alguma das funções estatais; independentemente do desenho institucionalizado, o autor disserta que é notório a continuidade do debate público, das interações dinâmicas que, estrategicamente, conformam o espaço de atuação de cada um e a possibilidade de, a cada decisão, haver o reinício de uma nova rodada procedimental.

A Constituição, enquanto norma escrita, é um plano de voo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibrações. (...) O que está prefixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo. A qualidade deliberativa desse jogo pode fundamentar a legitimidade dessas mutações, desde que a razão pública seja o idioma da instituição cuja decisão prevalece a cada momento.²⁴⁶

Consequência dessa análise é a assunção do caráter político das Cortes. A constatação de que Cortes movimentam-se em um cenário político é, na visão do autor, mal traduzida pelos debates jurídicos. Geralmente, a análise desta dimensão resolve-se na dicotomia que busca classificar as decisões das Cortes em ativistas ou não ativistas (postura de auto-restrição). Nesse ponto, Mendes denota a falta de interdisciplinariedade de algumas análises que, quando avançam observando comportamentos estratégicos da Corte, fecham a potencialidade de um horizonte

²⁴⁵ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.174.

²⁴⁶ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.186;204.

mais amplo de observação que seria elaborado dentro de uma visão construída partir dos conhecimentos de ambas as ciências.

A insuficiência das categorias jurídicas para explicar fenômenos de maior ou menor ativismo das cortes torna-se bastante evidente na leitura deste livro. Seus artigos limitam-se, praticamente, a classificar o método da Corte como formalista e positivista, quando ela toma decisões contidas, ou como teleológico, sociológico, estruturalista, etc, quando avança para decisões mais ousadas. **Não articulam razões políticas para explicar por que Cortes mudaram entre um e outro pólo, apesar de, curiosamente, narrarem os fatos por trás dessas mudanças.** Não verbalizam esses plausíveis nexos causais, mas permite que o leitor os especule.²⁴⁷

Assim, apoiado em pesquisas empíricas relatadas por Golsworthy²⁴⁸ e pela compreensão da atuação das Cortes na dimensão de um contínuo da política, Mendes demonstra o quanto tais instituições atuam politicamente e como estão sujeitas à pressões difusas. Dessa forma, as Cortes calibram o seu espaço de atuação quando observam qual será a resposta potencial dos outros poderes e da própria sociedade às suas decisões.

Dialogando com Rawls e Waldron, Mendes demonstra que o processo democrático precisa de se debruçar sobre variáveis de natureza procedimental e substancial. Assim, destaca que é equivocado abstrair-se a legitimidade de atuação de uma das funções estatais apenas pela sua abstrata natureza democrática, pelo seu *pedigree*, ou defender, cegamente, que estão as Cortes menos vulneráveis às decisões que envolvam princípios. A perspectiva do diálogo demonstra a co-responsabilidade de todas as funções estatais em face à interpretação constitucional, exigindo que cada uma edifique os melhores argumentos no âmbito da prática deliberativa. Dessa forma, a legitimidade também passa a ser medida pelo desempenho deliberativo de cada função; não se trata de uma categoria que possa ser avaliada a partir de uma métrica estável e por argumentos a priori. Institui-se, assim, uma legitimidade contextual e comparativa.

²⁴⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.184. Grifo nosso.

²⁴⁸ GOLDSWORTHY. *Interpreting Constitutions: a comparative study*. Oxford: Oxford University Press, 2006 e URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy* apud MENDES, Conrado Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 184-188. O autor cita casos relevantes da Corte Indiana e Australiana para demonstrarem essa movimentação política e estratégica destas instituições.

A proposta apresentada por Mendes tem um ganho cognitivo maior do que a visão estática que, geralmente, acompanha as teorias que visam explicar o princípio da separação de poderes, pois permite, exatamente pelo dinamismo das interações entre as funções estatais, uma modelagem construtiva que mescla atos de ativismo e auto-contenção, minimalismo e maximalismo, ocupação e não ocupação de espaços institucionais dentro de um processo político contínuo e que apresenta diversas facetas em cada momento histórico.

Tal proposta escapa de feições monolíticas e estáticas; a configuração de cada atuação é feita dentro dos preceitos constitucionais, considerando-se as perspectivas de cada um dos poderes, co-responsáveis na elaboração de argumentos consistentes em questões constitucionais, e da sociedade como um todo. Não há um único modelo, pois diversas são as possibilidades de interação a depender do desempenho deliberativo apresentado. Às vezes, Cortes vão optar por utilizarem das virtudes passivas; às vezes, serão mais ativistas e desafiarão, deliberativamente, o outro poder. Não há um único procedimento; cada função estatal tem um perfil diferenciado de atuação adaptado ao seu desenho institucional. Dessa tensão virtuosa resultarão acomodações contingentes e instáveis.

Por mais necessário que seja definir o detentor da última palavra provisória, a partir de um outro olhar, este é um mero detalhe. Saber quem deve prevalecer é uma questão contingente. Não há resposta de princípio, geral e abstrata.

(...) Nesse modelo ideal, não há um guardião entricheirado, nem um legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão.²⁴⁹

Assim, ao finalizar essa seção observa-se o refinamento da teoria de Mendes em face das teorias do diálogo apresentadas nas seções anteriores. Ao buscar, utilizando-se uma metodologia gradualista, uma teoria do diálogo capaz de lidar com uma compreensão ressignificada da última palavra, Mendes consegue responder melhor a necessidade, pragmática, da resolução de conflitos concretos cotidianamente; entretanto, não enxerga aí o fim dos debates. A sua compreensão

²⁴⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.p.204.

de rodada procedimental é fundamental para se entender que a ação de uma das funções estatais, no caso as Cortes, pode significar não o fim, mas o reinício do debate público no contexto de um processo político contínuo. Simultaneamente, consegue responder, com a ideia de uma última palavra provisória, a crítica de que as teorias do diálogo poderiam levar à uma anarquia entre os poderes.

Outro ponto importante analisado nessa seção é o papel das Constituições na configuração do princípio da separação de poderes. Mendes reconhece a importância do desenho constitucional apresentado; corretamente, entretanto, salienta a impossibilidade das relações dinâmicas entre as funções estatais serem encerradas, definitivamente, pelos enunciados constitucionais. O reconhecimento do design constitucional é um argumento relevante para a análise que se propõe nesta pesquisa, conforme abordar-se-á na conclusão deste capítulo.

Por fim, a (re)significação da compreensão de legitimidade, o dever compartilhado entre as funções estatais em relação à interpretação da Constituição e a desmistificação do caráter político das Cortes no contexto dado pelo autor são contribuições adequadas ao pano-de-fundo do constitucionalismo democrático, denotando uma visão mais enriquecida sobre a democracia.

Entretanto, há dois pontos que Mendes, embora reconheça a importância, não desenvolva no seu trabalho: o diálogo com a esfera pública e a absorção do Poder Executivo com um ator relevante na compreensão do princípio da separação de poderes, especialmente no contexto constitucional brasileiro, objeto da presente investigação.

Assim, na última parte deste capítulo, pretende-se apresentar como tais tematizações são relevantes e podem contribuir para a construção de uma teoria capaz de compreender a complexidade do princípio da separação de poderes no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

3.4- A tematização do constitucionalismo brasileiro: a importância da inclusão do poder executivo no modelo de diálogo interinstitucional.

Conforme ponderou-se na seção anterior, em decorrência do recorte metodológico realizado, a proposta de Conrado Hubner Mendes não explora as interações do Judiciário ou do Legislativo com o Poder Executivo.

No capítulo II, observou-se que a teoria da separação dos poderes congrega, desde o século XVIII, o Poder Executivo. Em alguns países, durante esse período, a sua presença era tão expressiva, pois muitas vezes confundida com a atuação do antigo déspota, que, ali, tal princípio vai nascer com uma clara demarcação dos limites conferidos ao Executivo.

Por sua vez, a análise do constitucionalismo brasileiro, conteúdo que será investigado no próximo capítulo, demonstra as variáveis históricas que fizeram que, em terras brasileiras, o Poder Executivo tivesse um posicionamento ascendente, sufocando a autonomia dos demais poderes. Os conflitos contemporâneos que envolvem a relação entre os poderes no Brasil, passam, necessariamente, pela avaliação das interações travadas com o Executivo; cita-se, por exemplo, o controle judicial das políticas públicas e a tensão gerada pela expedição abusiva de medidas provisórias, as quais trancam, diuturnamente, a agenda do Congresso Nacional.

É nesse contexto que, a presente pesquisa arrisca-se, ao adicionar, à teoria de Hubner, esse terceiro ator- o Poder Executivo.

3.5- Uma proposta reconstrutiva: diálogo interinstitucional entre os poderes e a esfera pública

Na antepenúltima sub-seção deste capítulo, observou-se o importante aporte teórico construído por Mendes ao refinar as teorias do diálogo, seja na dimensão do debate americano, seja nas reflexões construídas a partir da análise das interações

no Canadá. Naquela seção, enfatizou-se que ao trabalhar com uma metodologia gradualista, Mendes obtém um refinamento da teoria dialógica, pois alia às infinitas possibilidades de interações entre o Legislativo e o Judiciário, a possibilidade de compreensão de uma última palavra, dotada de provisoriedade e não finitude, bem como a percepção de continuidade do processo político que, a cada momento, pode ser reiniciado por uma nova rodada procedimental. A sua proposta acaba por denotar uma responsabilidade compartilhada entre os poderes públicos no que tange à interpretação da Constituição.

Claramente, o cerne da preocupação de Mendes é propor uma teoria normativa do diálogo institucional, trabalhando diretamente com as interações entre Legislativo e Judiciário.

(..)pretendo caminhar na direção de uma teoria normativa do diálogo interinstitucional.

(...)Uma abordagem integral da separação de poderes através da perspectiva dialógica requeriria também a análise de como o Executivo participa nesse processo. Esse trabalho, porém, concentra-se numa versão incompleta de uma teoria mais ampla.²⁵⁰

Conforme fundamentou-se no tópico anterior, a análise da relação entre as funções estatais no constitucionalismo brasileiro vigente tem, como um dos pontos de maior tensão, a relação Executivo-Legislativo ou Executivo-Judiciário, exigindo que uma teoria comprometida com a análise do cenário brasileiro considere, adequadamente, esse terceiro ator- o Poder Executivo. Simultaneamente, também é possível observar a consideração de um diálogo mais amplo com a esfera pública no âmbito da obra de Mendes, especialmente quando faz uma análise da teoria exposta por Barry Friedmann. Porém, talvez pelo seu recorte metodológico, não há um aprofundamento dessa interação envolvendo-se a esfera pública.

Assim, indaga-se: é possível, a partir do cenário apresentado pelo constitucionalismo democrático, compreender o princípio da separação de poderes na contemporaneidade sem recorrer às interações e tensões geradas, em cada uma das funções estatais, pela esfera pública? Considerando-se o cenário brasileiro atual, especialmente a abertura participativa no âmbito da jurisdição constitucional,

²⁵⁰ Vide nota de rodapé da página 105. In: MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

que ocorreu a partir da realização de Audiências Públicas e a admissão do *amicus curiae*, é possível compreendermos o diálogo interinstitucional entre Legislativo e Judiciário, em casos complexos recentes, tais como o reconhecimento da União estável entre homoafetivos e o caso da anencefalia, sem considerar as complexas tensões oriundas de uma relação dialogal com a esfera pública? Como pensar na modelação da virtudes ativas e passivas, especialmente analisando os instrumentos que geram os cenários de pautas reprimidas, estabilizadas, congeladas e aquecidas²⁵¹, sem considerar a relação dialogal, muitas vezes tensa, decorrente dos debates da esfera pública? Partindo-se desse contexto e focalizando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que institucionalizou o Estado Democrático de Direito, considera-se que uma teoria dialogal só será capaz de explicitar a complexa relação entre as funções estatais na contemporaneidade se incluir, como ponto fundamental, a relação travada com a esfera pública. Definido este caminho, torna-se necessário buscar uma compreensão de esfera pública adequada aos marcos teóricos assumidos nessa pesquisa.

A categoria esfera pública é dotada de uma imensa polissemia²⁵². Há diversos escritos, em diferentes áreas do conhecimento, que se debruçaram sobre a compreensão do conceito, muitas vezes recorrendo à uma pretensa evolução histórica cujas raízes se encontrariam na Antiguidade. Nesse sentido, em simetria

²⁵¹ A classificação é feita por Mendes na parte da observação entre STF e Legislativo por ele realizada. Assim, destaca: “Todo processo constitucional tem ao menos quatro tipos de pauta. A primeira é a pauta constitucional reprimida, em estado de latência. Esta é aparente no debate público informal e reflete certa tensão social, mas não foi canalizada pelas instituições. É um laboratório de interpretação constitucional sem repercussão formal. Não há, claramente, diálogo institucional, pois legislador e corte não conseguiram ser acionados. A segunda é a pauta constitucional estabilizada. Esta reflete decisões bem acomodadas, produtos de rodadas deliberativas anteriores. Neste caso, houve algum grau de interação no passado, mas o diálogo se encerrou porque legislador e corte alcançaram algum tipo de acordo. O *status quo*, nesse caso, é fruto de uma sucessão de decisões conscientes. A terceira é a pauta constitucional congelada, em estado de espera. Diz respeito a temas já provocados, mas aguardando decisão, seja na Corte, seja no parlamento. Por fim, há também uma pauta constitucional aquecida. Refere-se a temas que permanecem acessos na ordem do dia, que não se estabilizam, apesar de diversas rodadas deliberativas. In: MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.220.

²⁵² Costa, por exemplo, apresenta quatro possíveis compreensões de esfera pública 1) modelo da sociedade de massas; 2) modelo pluralista (liberal); 3) modelo republicano; 4) modelo discursivo. In: COSTA, Sérgio, Contextos da construção do espaço público no Brasil, São Paulo, *Novos Estudos CEBRAP*, no. 47, 1997 e *Esfera pública e as mediações entre cultura e política*, *Travessias*, nº. 1, setembro, 2000, pp. 57-71. Em uma perspectiva bastante aprofundada, comparando às teorias macro-sociológicas de Habermas e Luhmann, bem como abordando teorias que o autor enquadra em uma micro-sociologia, conferir a dissertação de mestrado de Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. *Entre Eclusas e Espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Nickas Luhmann e de debates contemporâneo*. 2012, 308 p, Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

com a advertência já feita nesta pesquisa²⁵³ sobre a dimensão da hermenêutica na compreensão do tempo histórico, Neves faz uma ressalva, em importante trabalho sobre a compreensão contemporânea de esfera pública:

Observações semelhantes devem ser feitas a respeito da esfera pública (*Offentlichkeit, space public*) enquanto dimensão da sociedade contemporânea. Também aqui não se trata de uma mera metáfora, desvinculada de certas implicações estruturais, portanto, não se pode recorrer, indiscriminadamente, ao conceito de esfera pública em contextos sociais diversos, convertendo-se em um componente de jogos de linguagem sedutores, estranhos à respectiva forma de vida no sentido wittgensteiniano, ou seja, sem suporte estrutural.

(...) afigura-se inadequado recorrer à distinção entre privado e público nos termos da diferença na Grécia antiga entre *oikos* e *polis*, associando com a esfera pública a última expressão. Público no mundo helênico, ou melhor, na Cidade-Estado grega, refere-se à *polis* como espaço excludente de relação dos senhores dos *oikoi* ou das *oikias*, não existindo nas aldeias, que constituíram apenas agregados de *oikias*. O *oikos*, por sua vez, era o espaço social doméstico (privado) de pleno arbítrio do respectivo senhor sobre a sua família, seus escravos ou servos. Assim como o *oikos* grego (grande espaço doméstico das relações familiares ou da grande família, fundado no poder arbitrário do senhor) não corresponde nem ao espaço doméstico da pequena família moderna (o privado no sentido familiar), a *polis* excludente (dimensão do público no sentido grego) não deve ser confundida com o sistema político da sociedade moderna, muito menos com a esfera pública includente e pluralista no sentido contemporâneo.²⁵⁴

Assim, observa-se neste trecho que a semântica constitucional moderna não é compatível com a compreensão da politéia na Antiga Grécia; não seria adequado buscar uma referência contemporânea de esfera pública em escritos que buscam fundamentá-la, ainda que com um olhar atual, em institutos originados no âmbito da Antiguidade ou até do Medievo. Conforme leciona Neves²⁵⁵, a

²⁵³ A referência está desenvolvida no capítulo II quando apresentou-se uma referência apresentada pela literatura jurídico-científica sobre o desenvolvimento do princípio da separação de poderes. Muitos estudos atribuem a originalidade da idéia à Antiguidade, especialmente nas obras de Aristóteles, Políbio e Cícero.

²⁵⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública p.106-107. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247.

²⁵⁵ Destaca-se que o autor elabora a sua teoria a partir de referenciais teóricos bastante demarcados; assim, não se trata de uma concepção histórica e universal do constitucionalismo. Para Neves, a inadequação de se buscar uma identidade da esfera pública contemporânea com a pré-modernidade decorre da impossibilidade de se observar a diferenciação funcional da sociedade. Vide: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública. Entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-147.

compreensão de esfera pública no sentido atual só é possível a partir da afirmação da semântica do constitucionalismo, fenômeno moderno que só se origina a partir do século XVIII, conforme descreveu-se no primeiro capítulo.

A Constituição é uma conquista, construção ou invenção da sociedade moderna. Não cabe confundi-la com a politeia grega, que era a estrutura orgânica da polis.

(...) Não se deve confundir também a Constituição com as leis fundamentais ou os pactos de poder na transição para a modernidade. Estes eram particulares na dimensão social ou no âmbito pessoal de validade, referindo-se a certos acordos entre o monarca e a nobreza ou parte da burguesia. Já na dimensão material ou no âmbito material de validade, esses pactos eram pontuais, referindo-se a determinados temas específicos da política e do direito estatal.

(...) As Constituições Modernas, ao contrário, têm a pretensão de ser universalistas na dimensão social ou no âmbito pessoal de validade, pois se referem, includentemente, a todos os membros da respectiva organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais.²⁵⁶

É a partir do constitucionalismo moderno que pode-se visualizar uma esfera pública pluralista capaz de absorver o dissenso conteudístico predominante na sociedade atual; nesta esfera pública, há espaço para as diferentes vozes, perspectivas e pretensões que permeiam os diversos sistemas sociais. Essa diversidade tende, a partir da esfera pública, tensionar o sistema político e jurídico, buscando influenciar e se incorporar nos processos de produção e concretização das normas. Nesse sentido, destaca Neves:

A esfera pública é formada pelo conjunto de valores, interesses, expectativas e discursos que emergem dos diversos sistemas funcionais e do chamado “mundo da vida”(operacionalizado mediante as inúmeráveis interações cotidianas não estruturadas sistêmico-funcionalmente nem sistêmico-organizacionalmente, e reproduzido por meio da linguagem natural não especializada) e perdem a sua pertinência de sentido específica às respectivas conexões sistêmicas de comunicações e às referências concretas do mundo da vida, **com a pretensão e a exigência de influenciar os procedimentos de produção e concretização normativa, bem**

²⁵⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública p.109. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247.

como os de tomada e execução de decisões políticas no Estado Constitucional. ²⁵⁷

Desse modo, a esfera pública é a arena do dissenso, refletindo a heterogeneidade e a complexidade que caracterizam a sociedade contemporânea. Embora seja fundamental na manutenção do pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito, não se trata de colocá-la como o epicentro da sociedade contemporânea ou abordá-la dentro de uma dimensão que busque a formação de um consenso conteudístico. Assim, Neves é bastante enfático: “Pode-se afirmar que a esfera pública (...) seja um megassistema ou o centro da sociedade. Não é nada disso.” ²⁵⁸

Também não é o caso de identificá-la com a mídia. Na atualidade, a mídia está presente no âmbito da esfera pública, muitas vezes registrando e até, de forma ativista, influenciando os diversos grupos sociais. Entretanto, a conformação e as interações que ocorrem no âmbito da esfera pública são muito mais complexas do que a narrativa que possa expressar a atuação da mídia.

Mesmo se admitindo que ela (a esfera pública) esteja fortemente intermediada pelos meios de comunicação de massa, sobretudo os eletrônicos, cabe ponderar que a esfera pública vai muito além da mídia. Esta, sem dúvida, diferentemente dos demais sistemas funcionais, corta-a transversalmente, manipulando-a muitas vezes. Esse é um fato inquestionável. No entanto, muitas vezes, os meios de comunicação de massa são constrangidos a responder, contra seus próprios interesses, às irritações da esfera pública. Por exemplo, protestos repetidos e crescentes nas ruas podem ser levados aos noticiários, após longa reação dos meios eletrônicos de comunicação que, nesse caso, atuam a reboque da esfera pública protestativa. A mídia, sem dúvida, constitui um meio importante de fortificação da influência da esfera pública desorganizada nos procedimentos jurídicos e políticos do Estado Constitucional, mas esta é muito mais abrangente do que aquela. (NEVES, 2013, p.126).

No âmbito dessa pesquisa, visualiza-se que a interação entre os poderes públicos deva ocorrer a partir de uma relação dialogal com a esfera pública; assim, é fundamental a abertura institucional desses poderes ao diálogo com as diferentes visões de mundo que permeiam tal categoria à luz do Estado Democrático de

²⁵⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública p.122. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247. Grifo nosso.

²⁵⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública p.120. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247.

Direito. Por outro lado, em conformidade com o referencial teórico adotado parcialmente neste trabalho- a tese de Mendes já exposta neste capítulo- é importante salientar que a última palavra provisória não encerra, definitivamente, o debate se este é iluminado pela compreensão da dinamicidade presente no âmbito do processo político. Nesse sentido, registra-se a seguinte passagem de Neves:

Mediante o fechamento seletivo, o dissenso é absorvido, cada vez, por procedimentos concretos, mas estes só se heterolegitimam se não fecham a política e o direito para o futuro contingente, e sim deixam esses sistemas abertos para o futuro, exatamente na medida em que não reprimem o dissenso que permanece na esfera pública, antes viabilizam e estimulam o seu desenvolvimento. Isso significa afirmar, por exemplo, que o sentido do procedimento eleitoral, mesmo se partirmos de um modelo normativo conseqüente, não é que se alcance um resultado consensual entre os adversários políticos; ao contrário, os resultados de procedimentos eleitorais, mesmo quando são rigorosamente respeitadas as regras do jogo, tendem a intensificar o dissenso. De maneira análoga, o sentido normativo ou funcional de um procedimento jurisdicional não é que se chegue a um resultado consensual entre as partes; contrariamente, **o resultado de um procedimento jurisdicional**, destacadamente o controle de constitucionalidade (pense-se no caso da chamada “antecipação terapêutica do parto” em caso de anencefalia do feto e a sua caracterização, ou não, como crime de aborto), **tende a fortificar o dissenso na esfera pública. Isso significa que, em futuras eventualidades procedimentais, as expectativas rejeitadas no presente possam, a partir de rearticulações com a esfera pública, prevalecer, inclusive por meio de outras modalidades procedimentais** (por exemplo, mudança legislativa ou reforma constitucional para a insatisfação com a concretizações jurisdicionais da Constituição e das leis, impeachment do presidente da República, declaração de inconstitucionalidade da lei).²⁵⁹

No livro “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, Neves (2008) apresenta uma abordagem própria do Estado Democrático de Direito, compreendendo o princípio da separação de poderes a partir da ideia de pluralidade e circularidade de procedimentos²⁶⁰. Assim, afirma que a legitimação do Estado Democrático de Direito decorreria de uma conexão circular e conflituosa entre o procedimento eleitoral, legislativo, jurisdicional e político-administrativo. Seria a circularidade desses procedimentos a responsável por canalizar e reafirmar o dissenso conteudístico

²⁵⁹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Constituição e a esfera pública p.127-128. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247.

²⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.185-196.

proveniente da esfera pública pluralista. Portanto, as diversas visões de mundo que permeiam a porosa esfera pública teriam acesso ao Estado Constitucional a partir de tais procedimentos.

Portanto, ainda que partindo de diferentes perspectivas e marcos teóricos, parece ser compatível, no viés recortado acima, a compreensão de esfera pública abordada por Neves e a teoria do diálogo proposta por Mendes; Mendes não trabalha com uma hierarquia entre os poderes, com a legitimação de uma última palavra, embora reconheça a possibilidade de uma última palavra provisória; Neves, ao abordar a relevância da esfera pública, exige canais para que ela possa se manifestar legitimamente no âmbito dos procedimentos jurídico-constitucionais, mas não aceita uma hierarquia verticalizada entre tais poderes e aborda a ideia de uma circularidade de procedimentos que, tensionados pela esfera pública, produzem uma resposta no caso concreto e, simultaneamente, reafirmam o dissenso conteudístico que permeia a sociedade contemporânea.

Assim, não é finalidade desta pesquisa buscar uma mera junção de teorias com matrizes teóricas tão diversas; entretanto, considera-se que as apropriações acima propostas possam iluminar, de forma mais adequada, a complexa interpretação do princípio da separação de poderes, especialmente em face do constitucionalismo democrático brasileiro.

Dessa forma, chega-se ao final deste capítulo com uma proposta teórica: a compreensão do princípio da separação de poderes através da teoria dialógica de Mendes, incluindo-se, na deliberação institucional o poder executivo e aproximando-se a interlocução com a esfera pública. Acredita-se que esse caminho permita compreender, de forma mais adequada, as interações existentes entre Legislativo e Judiciário, Legislativo e Executivo, Executivo e Judiciário, todos interagindo com as diversas visões de mundo que permeiam a porosa esfera pública.

Nesse arquétipo, não há um único Guardião da Constituição: todos os poderes, em conjunto com todos os destinatários, são co-responsáveis pela responsabilidade de interpretá-la. Por outro lado, não há um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser mais ativista ou agir de forma a se restringir: é a tematização do contexto aliada ao design constitucional

que levará a interpretação de quem, no caso específico, detém a última palavra provisória. Tal proposta não pode parecer, em uma análise superficial, a construção de uma anarquia orgânico-funcional do Estado. Não afirma-se, nesta pesquisa, que, a partir de então, todos os poderes podem exercer quaisquer competências e ocupar, simultaneamente, qualquer um dos órgãos públicos. A proposta não joga Montesquieu às favas; apenas muda o enfoque, apresentando elementos capazes de responder, de forma mais adequada, às tensões institucionais entre os poderes, especialmente considerando-se a realidade brasileira. Dessa forma, ilumina-se as interações, que ocorrem cotidianamente, mas nem sempre são devidamente consideradas por aqueles que, por dever ou escolha, dedicam-se a analisar o princípio da separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo.

CAPÍTULO IV- A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: passado, presente e futuro.

4.1 Introdução

No primeiro capítulo, observou-se como, na história do constitucionalismo moderno, o princípio da separação de poderes ganhou centralidade, passando a ocupar um espaço privilegiado no âmbito das primeiras constituições escritas. No capítulo subsequente, reconhecido o contexto histórico de surgimento do princípio, explorou-se o percurso teórico que teria levado à edificação da teoria do princípio da separação de poderes no século XVIII. Conforme constatou-se, os argumentos que, em certa medida, aparecem até hoje na fundamentação do princípio encontram os seus substratos em cinco autores que, em três estados, teriam escrito, a diversas mãos, a teoria ora em exame: Locke, Montesquieu, Madison, Jefferson e Hamilton. Os argumentos oferecidos por essa teoria baseiam-se, sobretudo, na distribuição de funções, separação de órgãos e no sistema de freios e contrapesos. Mesmo escritos mais contemporâneos, não saem da lógica de se repensar esses substratos. Foi nesse sentido que o último capítulo buscou trilhar um outro caminho teórico: a investigação sobre as teorias do diálogo, considerando-se o debate canadense, norte-americano e o refinamento da teoria proposta por Mendes. Ao final do capítulo, a contribuição desta pesquisa foi demonstrar a necessidade de aliar-se a interação com o Poder Executivo, especialmente em países que, tal qual o Brasil, sofreram com o processo de intensa atuação deste poder, e da esfera pública, percebida a partir da obra de Marcelo Neves.

Se o objetivo da investigação fosse, meramente, construir um modelo interpretativo suficientemente adequado para a interpretação do princípio da separação de poderes na atualidade, a presente narrativa científica aqui se encerraria. Entretanto, falta ainda alguns passos rumo à solução da resposta científica ao problema colocado.

É nesse contexto que, o presente capítulo volta-se para o constitucionalismo brasileiro, buscando-se entender a origem (passado), o atual estágio (presente) e apresentar algumas reflexões sobre a possibilidade de se interpretar, construtivamente, as interações, muitas vezes tensas, produzidas no debate brasileiro atual entre o STF, o Poder Executivo e o Judiciário (futuro).

Nessa direção, a próxima seção fará uma longa exposição sobre a história do constitucionalismo brasileiro, demonstrando como o passado e o presente não saem das amarras de uma interpretação, sobre o princípio ora em exame, fundada nos pilares já mencionados da teoria do século XVIII.

Na sequência, são enumerados três cenários de interação entre os poderes instituídos no âmbito federal: a) cenário A: a análise de uma interação entre STF-LEGISLATIVO; b) cenário B: a interação entre STF-EXECUTIVO; c) cenário C: a análise da relação EXECUTIVO-LEGISLATIVO. O objetivo da investigação é observar em que medida pode-se interpretar essas interações a partir do aporte teórico construído no final do último capítulo.

Algumas considerações são tecidas ao final do capítulo, explorando-se, brevemente, algumas interações recentes oriundas da esfera pública.

4.2 O Princípio da separação de poderes e as Constituições Brasileiras

A presente seção visa demonstrar como o princípio da separação de poderes esteve enunciado, de forma explícita, no texto de todas as Constituições Brasileiras, do período monárquico até a presente República, excetuando-se o texto de 1937. A leitura literal de todas as Constituições, salvo algumas exceções, demonstra uma redação bastante semelhante daquelas ao prescrever o princípio da separação de poderes. Entretanto, tal desenho institucional precisa, para uma adequada compreensão, de ser observado diante de outras variáveis políticas, sociais e econômicas que influenciaram a história deste princípio no direito brasileiro; assim, as variadas formas de governo (monarquia x república), a descontinuidade

democrática em alguns períodos, as variações do presidencialismo republicano, especialmente as práticas que denotam a adoção de um forte presidencialismo de coalizão, aliadas a atuações que apontam para um personalismo extremado e um patrimonialismo estatal, são dimensões relevantes para a compreensão da aplicação do princípio da separação de poderes no direito brasileiro. Na mesma direção, Bonavides, analisando a evolução do constitucionalismo brasileiro afirma:

Até agora esse modelo permanece todavia inacabado, após cerca de dois séculos de renovadas diligências e sacrifícios; é projeto fugaz sujeito às oscilações da idéia e da realidade com as quais não logrou ainda se compatibilizar. **Projeto bloqueado inúmeras vezes pelas resistências absolutistas, pelo continuísmo e vocação de perpetuidade governista, bem como pelos interesses representativos comprometidos com um *status quo* de dominação** que a classe política busca manter inalterável, debaixo de seu jugo, insensível por inteiro ao rápido senão vertiginoso agravamento das desigualdades sociais e regionais, cujo quadro é sobressaltante enquanto prelúdio de uma tragédia de sangue e guerra civil, de conseqüências imprevisíveis.²⁶¹

Em face do recorte temático desta pesquisa²⁶², será explorada a história constitucional brasileira tendo, como foco, o arranjo institucional do sistema de separação de poderes. Não se trata de uma seção que visa, apenas, indicar os artigos constitucionais que criam tal arquétipo, mas de um esforço de compreendê-los no âmbito do constitucionalismo ali existente.

Bonavides afirma que, em linhas gerais, pode-se dividir o constitucionalismo brasileiro, quanto às suas fontes inspiradoras, em três fases: a) a primeira, que cobre todo o período imperial, demarcada pela influência do constitucionalismo europeu; b) a segunda, que inicia-se como o desfazimento do império e o início da República, demarcada pela irradiação do constitucionalismo norte-americano e c) terceira fase, em pleno curso, que, sob o viés de alguns institutos, como a jurisdição constitucional, apontariam para um retorno ao pensamento europeu.²⁶³

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.155

²⁶² Acredito que tais variáveis são fundamentais para uma adequada compreensão da história do princípio da separação de poderes no direito brasileiro. Entretanto, em face do recorte problemático realizado, não explorarei, nessa pesquisa, a compreensão interdisciplinar deste fenômeno. Esse aprofundamento será feito na continuidade deste trabalho.

²⁶³ BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

É do mesmo autor um importante estudo que desenvolve os laços do constitucionalismo brasileiro e português²⁶⁴. Bonavides foi um dos primeiros constitucionalistas brasileiros a lembrar que, pouco antes da declaração da independência, vigorou, no território brasileiro, a Constituição de Cádiz, promulgada pelas Cortes Gerais e Extraordinária da Espanha, em 1812. Tal Constituição teve uma duração efêmera (1812-1814), mas deixou os seus traços no constitucionalismo europeu e ibero-americano²⁶⁵.

A primeira fase do constitucionalismo brasileiro inicia-se pouco após a declaração da Independência (1822). Nesse período, ao contrário da colônia Inglesa na América, analisada no capítulo II²⁶⁶ desta pesquisa, o Estado recém-independente não se afastou das influências da metrópole; assim, os fundamentos da origem constitucional brasileira mesclam influxos do antigo colonialismo, tal como a monarquia absolutista e o comércio de escravos, com algumas luzes que foram lançadas pelo constitucionalismo francês.

O nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras, e ao mesmo passo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e todavia foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial.

(...)houve um processo até certo ponto comum de introdução de instituições representativas e constitucionais no que toca à velha metrópole e à nascente nacionalidade..(a) fonte doutrinária fora a mesma: o constitucionalismo francês, vazado nas garantias fundamentais do número 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.²⁶⁷

O primeiro esboço do projeto constitucional brasileiro foi feito por uma Assembléia, convocada pelo Imperador antes da Independência, e dissolvida em novembro de 1823. A análise deste projeto constitucional, bem como daquele que o

²⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

²⁶⁵ CHACON, Eduarda. Bicentenário da Constituição de Cádiz, a primeira carta magna brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 80, p. 418, jul. 2012.

²⁶⁶ Refiro-me à negativa, em um primeiro momento, do modelo de constituição mista já adotado na Inglaterra.

²⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.156, grifo nosso.

substituiu posteriormente, denota que inexistia, originariamente, a proposta de adoção de um poder moderado²⁶⁸. Segundo Bonavides, esse é um ponto fulcral para compreender a organização dos poderes durante o período monárquico; o autor chega a afirmar que, nessa fase do constitucionalismo, ressaltada a temática da escravidão, os poderes do Monarca foram objeto de intenso debate e, em alguma medida, estaria aí a chave para a compreensão da primeira fase do constitucionalismo brasileiro.

(..) salvo os aperfeiçoamentos de sistematização e linguagem, a Constituição outorgada não apresentava inovações substanciais, se cotejada com o Projeto da Constituinte, exceto a introdução da figura do Poder Moderador. Este, convém frisar, não constava do texto oferecido por Antônio Carlos.

Efetivamente, sua extrema importância na história constitucional do Império não pode, em absoluto, ser desdenhada, se quisermos entender a forma como mecanismos de exercício e de poder funcionaram durante a fase monárquica.

Foi talvez o tema-excluído o da escravidão-ao redor do qual os debates mais polêmicos e passionais da política imperial.²⁶⁹

Nesse contexto, a Constituição foi outorgada pelo imperador em 1824. Seu texto tratava, como as demais constituições de seu tempo, da organização dos poderes e dos direitos de primeira geração. O princípio da separação de poderes estava enunciado no artigo 9º da Constituição; o legislativo era representado por uma Assembléia bicameral (Câmara e Senado), cujas competências foram enumeradas entre os artigos 13, 36, 37 e 47. O Poder Executivo foi confiado ao Monarca, alicerçado por ministros e por um Conselho de Estado ; a leitura das competências estabelecidas nos artigos 102 à 104 daquela Constituição demonstram, para um leitor descontextualizado, o modelo de uma monarquia constitucional. As disposições do Judiciário denotam o longo caminho que este poder ainda teria que percorrer para conquistar a sua efetiva autonomia; assim, ao lado de disposições que garantiam a pretensa independência dos Juizes, da garantia da perda do cargo apenas mediante sentença com trânsito em julgado, a Carta de 1824, deliberadamente, prescreveu a possibilidade de intervenção do Poder Moderador na atuação dos Juizes. Destaque-se o artigo 163 que instituiu o

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012. p.31.

Supremo Tribunal de Justiça. O quadro poder, o moderador, anunciava o verdadeiro sistema de organização dos poderes. Assim, ao ter competências para controlar e intervir nos três poderes, o poder moderador acabava quebrando a prática da independência enunciada naquela constituição. Ressalte-se, porém, que está na proposição do poder moderador, uma das poucas inovações do texto constitucional imperial em relação às Constituições já existentes àquele período, no ocidente.

A inserção do poder moderador buscou inspirações- ao menos no plano teórico- na proposta, já conhecida na França, especialmente pelos escritos de Benjamim Constant, da teoria tetrapartida de poder. Para Constant, o poder executivo deveria ser apartado do poder real.; este seria entregue ao Monarca e, sendo um poder neutro, lhe competiria fiscalizar os demais poderes, velando para que cada um destes não exerça as suas funções de forma abusiva. O grande jurista do império, Pimenta Bueno²⁷⁰, deixou clara tal influência ao discorrer sobre o poder moderador como um poder neutro, entregue àquele que era cercado de respeito e prestígio- o monarca.

Na visão de Bonavides²⁷¹, a interpretação do poder real de Constant foi apropriado de forma inadequada no constitucionalismo do Império; a leitura das competências enfeixadas em torno de tal poder, expressas no artigo 101 da Constituição outorgada de 1824, demonstram que não se tratava, ali de um judiciário da política, um corregedor dos excessos dos demais poderes tal qual encontrava-se no modelo puro de Benjamim Constant, mas de um “monstro constitucional”²⁷², responsável por executar os ditames da ditadura monárquica brasileira.

Assim, embora enunciasse, explicitamente, o princípio da separação dos poderes no artigo 9º, a Carta de 1824 acaba denotando um modelo concentracionista que emerge diante das inúmeras possibilidades de intervenção do Monarca no âmbito das atividades legislativas e judiciais. Todavia, não se deve negar a originalidade dessa Constituição que, pela primeira vez na história do

²⁷⁰ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília, Senado Federal, 1978.

²⁷¹ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000.pgs.166-168.

²⁷² As expressões monstro constitucional e ditadura são usadas por Bonavides. Para o autor, as competências atribuídas ao poder moderador era um autêntico programa da monarquia ditatorial. In: BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000

constitucionalismo ocidental, aplicou a teoria tetrapartida de poderes.²⁷³ Foi um texto pluridimensional que ainda mostrava as marcas do absolutismo, mas que permitiu a edificação de parte dos propósitos do Estado Liberal e anunciou o que viria ser o futuro. Nas palavras do autor desta análise:

A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo as graves seqüelas do absolutismo; a segunda, dirigida para o presente efetivando, em parte e com êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado Liberal; e uma terceira, à primeira vista encoberta, presentindo já o futuro.²⁷⁴

O constitucionalismo republicano no Brasil levanta-se sobre as ruínas da monarquia deposta. Após um governo provisório, a primeira Constituição da República é promulgada em 1891, trazendo inúmeras mudanças na forma política do Estado: a monarquia transformou-se em república; o unitarismo do Estado cedeu à descentralização, criando-se a federação; o parlamentarismo foi sucedido pelo presidencialismo. Três institutos clássicos do direito norte-americano, incorporados pela forte influência de um dos maiores juristas brasileiros, Rui Barbosa.

No âmbito da organização dos poderes, a adoção da República significou o abandono do poder moderador e a prescrição da teoria tripartite do Poder. A República do papel deu continuidade a um legislativo bicameral, cujas competências estavam previstas nos artigos 29, 31, 33 e 34. Destaque-se a atribuição dada ao parlamento para julgar o Presidente nos casos de crime de responsabilidade. Outro ponto relevante é a observação de uma função diversa atribuída ao Presidente do Senado Federal- a função de Vice-Presidente da República²⁷⁵. O Judiciário também foi previsto no âmbito da Constituição, destacando-se o dispositivo que, diretamente, atribuía a este poder a função de realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Considerando-se o período republicano da história constitucional brasileira, a Constituição de 1891 foi a que teve maior duração. Entretanto, não deve-se

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000.

²⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.p.36

²⁷⁵ Vide artigo 32 da Constituição Brasileira de 1891.

interpretar tal fato como sinônimo de uma real estabilidade; as práticas, mais próximas de um unitarismo, percebidas na constante intervenção do poder central nas entidades territoriais locais, na cultura oligárquica e no presidencialismo autoritarista, são narrativas da primeira república que denotam a fragilidade daquele texto constitucional. Nesse sentido, Bonavides observa:

Épocas de federalismo autoritário – uma contradição política em termos – ocorreram no país e oscilaram, durante a Primeira República, da frouxidão dos laços federativos ao extremo arrocho das intervenções centralizadoras, cujo unitarismo contravinha a índole do regime.

Demais disso, o quadro social e político das antigas províncias imperiais, erigidas de repente ao *status* da autonomia federativa, era sobretudo traçado pela força incontestável dos oligarcas e coronéis que formavam o patronato do poder e recebiam da autoridade central a sagração de sua ascendência na esfera local de governo.

A primeira Constituição republicana foi na aparência, pelo aspecto formal, a mais estável das Constituições do sistema inaugurado em 15 de novembro de 1889. Durou 39 anos e passou por uma única reforma que aliás veio demasiado tardia, não podendo conjurar o seu colapso na sucessão do presidente Washington Luís, em 1930. Mas a evidência histórica de uma estabilidade que acabamos de referir era de teor apenas aparente, não disfarçando a república constitucional deveras violenta.²⁷⁶

Diversas reações a esse modelo eclodem durante o final da República Velha, criando-se um momento bastante conturbado, cujo ápice é a Revolução de 1932. Embora os revolucionários tenham sido derrotados, a proposta de restaurar a estabilidade constitucional no país vingou com a convocação da Constituinte de 1933. A Constituição de 1934 foi demarcada pelas preocupações sociais. Em continuidade com os textos constitucionais pretéritos, vai estabelecer o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 3º). O Legislativo manteve-se bicameral, mas importantes modificações foram introduzidas na composição da Câmara, o que pode ser observado no artigo 23 da Carta de 1934, ao se referir à representação classista, e ao papel do Senado, que passa a ser o maestro do sistema de freios e contrapesos.

A Constituição Brasileira de 1934 teve “breve e precária existência porquanto promanara de uma ambiência política marcada por multilações participativas, crises,

²⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.171.

desafios, suspeitas, incertezas, contestações e ressentimentos”.²⁷⁷ O Golpe de Vargas, em 1937, ceifa, definitivamente, a Carta anterior, inaugurando-se o governo ditatorial.

A Carta outorgada de 1937, conhecida como “polaca” pela sua inspiração totalitária e fascista, quebrou a tradição de enunciar, tal qual ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores, o princípio da separação de poderes; tal silêncio denota o desequilibrado desenho do sistema de poderes ali proposto.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o artigo 73 enunciava que o Poder Executivo era a autoridade suprema do Estado, cabendo-lhe o papel de coordenador das atividades desenvolvidas pelos órgãos representativos. O desenvolvimento dessa ingerência no Congresso Nacional é edificado por diversas disposições constitucionais, citando-se os artigos 64, que permitia a suspensão da sessão legislativa pelo Presidente da República e afirmava a sua competência para, de forma preponderante, deflagar o processo legislativo, e o artigo 75, o qual prescrevia, dentre as prerrogativas do Poder Executivo, a de adiar, prorrogar, convocar o parlamento e até dissolvê-lo em situações excepcionais.²⁷⁸ Intervenção semelhante era prescrita ao Poder Judiciário, especialmente pelos artigos 94 e 96 da Constituição de 1937. O primeiro brindava o poder executivo em relação ao judiciário, impedindo que este conhecesse das denominadas “questões políticas”. O segundo permitia a revisão das decisões de constitucionalidade pelo Parlamento a partir da provocação exclusiva do Poder Executivo. Completava o ciclo dessa proposta concentracionista as aposentadorias compulsórias, o poder de Reforma Constitucional que permitia ao Presidente negar as aprovações realizadas pelo Parlamento, submetendo-as a um plebiscito que seria por ele (discricionariamente) convocado e pela decretação de um estado de emergência permanente. Bonavides e Paulo de Andrade resumem a orquestração do modelo de organização dos poderes na Constituição de 1937:

²⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.172-173.

²⁷⁸ O Poder Executivo deitava, ainda, os seus tentáculos sobre o Poder Legislativo na indicação de membros que deveriam compor o Conselho Federal, órgão que substitui o Senado Federal, e na criação de um órgão executivo que tinha participação obrigatória no âmbito do processo legislativo.

A competência dos três poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados.

Era o senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “Conselheiros”.

Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta Constitucional. Esta, todavia, deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados.

A competência dos três poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração-o Presidente da República.²⁷⁹

A ditadura de Vargas cai em outubro de 1945, iniciando-se o processo de redemocratização do constitucionalismo brasileiro. Um novo texto constitucional, enraizado na tradição do constitucionalismo social, foi promulgado em setembro de 1946. O artigo 36 prescreveu o princípio geral de organização dos poderes, declarando-os independentes e harmônicos. Nas prescrições sobre o Poder Legislativo, dispostas entre os artigos 37 e 72, observa-se o restabelecimento do Senado Federal, a incorporação de um verdadeiro estatuto dos congressistas cuja redação é bem semelhante ao texto constitucional de 1988 e a previsão de técnicas de controle recíproco entre os poderes. Na mesma direção, a estruturação e as competências do Poder Judiciário encontram-se descritas entre os artigos 94 e 124; o poder Executivo, que deixa de ser o órgão de coordenação dos demais poderes, é reposicionado, dentro de uma dimensão horizontal, ao lado do Judiciário e do Legislativo. Ressalta-se que, originariamente, a Constituição de 1946 tratou do Ministério Público em título próprio (título III), desvinculando-o do quadro de regulamentação dos poderes. A Emenda Constitucional n. 16/65 instituiu, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, um autêntico sistema de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

²⁷⁹ BONAVIDES, Paulo, PAES DE ANDRADE. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P.345.

Analisando a ideologia e a efetividade da Constituição Brasileira de 1946, Bonavides disserta:

Constituição que traduzia equilíbrio e bom senso para as circunstâncias da época, pôde ela atenuar e fazer latente e adormecida durante largos anos de sua vigência o vulcão da crise constituinte, cujas erupções não vieram tão imediatas e de súbito como as que implodiram a Constituição de 1934.

Sem revogar o Estado social do texto efêmero da primeira reconstitucionalização, a Carta de 46 ficou limitada aos termos programáticos de justiça social, não podendo concretizar cláusulas como aquelas que determinavam a participação do trabalhador nos lucros da empresa nem tantas outras exaradas na esfera das relações do capital com o trabalho.²⁸⁰

A Constituição de 1946 sucumbiu diante dos decretos e atos institucionais exarados pela Ditadura Militar. Historiadores, cientistas políticos e sociólogos apontam uma diversidade de causas que geraram o declínio da democracia e a ascensão dos militares. Segundo Fico²⁸¹, pesquisas mais recentes estão desmistificando alguns lugares comuns que não conseguem explicar a complexidade de fatores sociais e políticos que explicariam as causas, bem como o desenvolvimento do regime militar.

o “deslocamento de sentido”, operado sobretudo após a Campanha da Anistia, relativo às esquerdas revolucionárias que foram para a luta armada, outrora apresentadas como integrantes da resistência democrática; o perfil vacilante, a inabilidade e o possível golpismo de João Goulart, diferentemente do mito do presidente reformista vitimado por reacionários, e assim por diante. Ao mesmo tempo, clichês sobre o golpe de 64, os militares e o regime também vão sendo abandonados, como a idéia de que só após 1968 houve tortura e censura; a suposição de que os oficiais-generais não tinham responsabilidade pela tortura e o assassinato político, a impressão de que as diversas instâncias da repressão formavam um todo homogêneo e articulado, a classificação simplista dos militares em “duros” ou “moderados” etc. Por tudo isso, podemos falar de uma nova fase da produção histórica sobre o período.²⁸²

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.174.

²⁸¹ FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre o golpe de 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.24, n.47, p.29-60, 2004.

²⁸² In FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre o golpe de 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.24, n.47, p.29-60, 2004. p.30

Uma das investigações que avançam nessa linha e que para a presente pesquisa é bastante relevante é a de Wanderley Guilherme dos Santos²⁸³. O autor observa que a crise que gerou o golpe decorreu da paralisia institucional do Legislativo e uma grande instabilidade política. Tais fatos são fundamentados em uma farta análise empírica que demonstra a incapacidade do legislativo, no período pré-ditadura, em dar respostas normativas, bem como a alta rotatividade dos cargos do Poder Executivo.

Durante o período militar, a Constituição de 1946 foi ignorada e substituída por diversos atos institucionais. “O ato institucional n. 04 programou a ação robótica que resultou numa Constituição que serviu para transmitir a impressão de que vivíamos em um Estado Democrático”.²⁸⁴ Assim, nasce a Constituição de 1967.

A retórica textual da Constituição de 1967, que prescrevia formalmente os fundamentos de um Estado de Direito, especialmente o princípio da separação de poderes (art. 6º), escondia o retrato real do período mais sombrio da história constitucional brasileira. Assim, a pretensa independência do Legislativo era ceifada pela forte intervenção do Executivo: a) de um lado, o famigerado decreto-lei, instrumento normativo de competência privativa do Presidente da República, que podia transformar-se em lei por decurso de prazo, ou seja, sem a manifestação do Congresso Nacional; além disso, a impossibilidade de apresentação de emendas parlamentares a essa espécie normativa, demonstrava o quanto o parlamento era afastado de suas competências típicas; b) do outro, o Congresso “Fantoche” perdia a sua autonomia quando posicionava-se na figura de um mero ratificador das decisões já tomadas por uma Comissão de Militares. Na esfera Executiva, as eleições para Presidente e Governador passaram a ser indiretas. O leviatã mostrou-se visível com a edição do Ato Institucional n. 05, conforme pode-se observar da leitura dos seguintes trechos:

ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968
 Art. 2º - **O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores**, por Ato Complementar, em estado de sítio

²⁸³ SANTOS, Wanderley Guilherme. Paralisia da decisão e comportamento legislativo: a experiência brasileira 1959-1966. *Revista de Administração de Empresas*, v. 13, n. 2, abr/jun., 1973.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo, PAES DE ANDRADE. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P.345. p.433.

ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, **o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias** e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

Parágrafo único - **Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República** e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

(...)

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, **o Presidente da República**, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, **poderá** suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e **cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais**.

Parágrafo único - **Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos**, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º - **A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:**

I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

(...)

Art. 6º - **Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.**

§ 1º - **O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo**, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 7º - O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo.

(...)

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Foi essa a verdadeira constituição, no aspecto do arranjo institucional entre os poderes, que vigorou durante os onze anos que se seguiram à sua promulgação. No período mais nefasto da ditadura militar brasileira, o Congresso Nacional foi fechado

por três vezes a fim de que as decisões do Poder Executivo pudessem ser implementadas sem maiores dificuldades. Nesse período, as garantias da magistratura foram suspensas e os ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes Lima, Victor Leal Nunes e Evandro Lins e Silva, contrários ao regime vigente, foram aponsetados compulsoriamente. Nesse momento, a jurisprudência do STF reflete uma postura de não resistência com os ditames do governo ditatorial.

A abertura política inicia-se em 1974, no governo Geisel, e percorre um lento processo político que vai denotar avanços e alguns recuos. O seu ponto máximo é o movimento “diretas já”, iniciado em 1983 e que, em 1985, vai levar à eleição, de forma indireta, do primeiro presidente civil²⁸⁵ do período pós-ditadura. Sarmento disserta:

O movimento que resultou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 só se tornou viável no contexto da crise da ditadura militar, e da lenta transição do regime de exceção em direção à democracia, que se inicia no governo do Presidente Ernesto Geisel, quando, apesar de algumas recaídas autoritárias, começa o processo de abertura política “lenta, gradual e segura”, com a derrota da “linha-dura” militar e a revogação do Ato Institucional nº 5. O sucessor de Geisel, Presidente João Batista de Figueiredo, mantém em linhas gerais o curso do seu antecessor, com a aprovação da Lei de Anistia e a abertura do sistema partidário, que se reorganiza em bases pluralistas. Neste momento, a sociedade civil brasileira tornava-se mais articulada e reivindicatória, capitaneada por instituições como a OAB, a ABI, a CNBB e o novo sindicalismo que se formava no País. Essas entidades, com respaldo de alguns meios de comunicação social e de amplas parcelas da população, passaram a exigir a redemocratização nacional.²⁸⁶

Sarney assumirá a presidência em face da morte do Presidente Eleito, Tancredo Neves. Em 1987, Sarney enviou ao Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional n. 43 que previa a atribuição de poderes constitucionais ao Congresso Nacional e nomeou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, liderada pelo mineiro Afonso Arinos²⁸⁷. Tal proposta foi convertida, com aprovação do parlamento, na Emenda Constitucional n. 26. Sobre esse fato-- uma emenda, fruto do Poder Constituinte derivado, que previa a sua própria morte, a

²⁸⁵ Foram eleitos, pelo Colégio eleitoral, Tancredo Neves, para a função de Presidente da República, e José Sarney para Vice-Presidente. Na sequência, Tancredo Neves adoeceu e veio a óbito.

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009. p.8.

²⁸⁷ Tal projeto teria desagradado ao Presidente Sarney e não foi enviado à Constituinte.

instauração de uma Assembléia Constituinte Congressional- foram produzidos diversos artigos, fruto de um debate acalorado cujos ecos ainda são ouvidos, buscando demonstrar a ilegitimidade da Constituição Brasileira de 1988. Analisando a questão, Sarmiento faz o adequado esclarecimento:

A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das *Diretas Já*, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. Tratava-se de autêntica manifestação da soberania popular, e esta não necessita, para exteriorizar-se, do recurso à revolução violenta, podendo também eclodir em contextos de transição pacífica, como ocorreu no Brasil. Em meados dos anos 80, o País vivia um típico “momento constitucional”, caracterizado pela efervescência política e pela genuína mobilização popular em prol de um “recomeço”. Esta era a verdadeira fonte de autoridade da Assembléia Constituinte, e não a Emenda Constitucional nº 26. Por isso, a Assembléia Constituinte “livre e soberana” de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário.²⁸⁸

Há diversas posições que buscam identificar as causas que levaram o Brasil a não optar pelo caminho de uma Constituinte exclusiva, seguindo-se o caminho do Congresso com Poder Constituinte; uma das possíveis explicações seria a influência das forças autoritárias, ainda presentes, que temiam os resultados do radicalismo, expressos em perseguições aos militares, que poderiam advir da aprovação de um novo texto constitucional: Nesse sentido, expõe Sarmiento:

O modelo adotado parece ser resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois estas temiam que uma Assembléia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o “radicalismo”¹⁰, ou até para o “revanchismo” contra os militares – leia-se, a sua responsabilização pelas violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava então ocorrendo na Argentina.²⁸⁹

Assim, em fevereiro de 1987, após a realização das eleições gerais no final de 1986, a Constituinte reúne-se com o fito de elaborar e aprovar um novo texto

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009. p.11-12.

²⁸⁹ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009. p.10.

constitucional. A Constituinte durou 20 meses; o trabalho interno foi operacionalizado por diversas Comissões e subcomissões que, ainda, coletaram inúmeras manifestações populares. No processo final, o debate mais acalorado era o da adoção do sistema de governo e do mandato do presidente Sarney. Outros pontos polêmicos tiveram uma discussão importante, mas secundária.²⁹⁰ Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição, com 245 artigos no seu texto principal e 70 nas disposições transitórias. O texto constitucional demasiadamente analítico é uma resultante de diversas variáveis, citando-se as diretivas do constitucionalismo social que influenciou a sua elaboração, as intensas disputas na seara social e política, traduzida no exercício permanente dos *lobbys* sobre os Constituintes, a atuação simultânea do congresso na política legislativa ordinária e na construção da nova ordem constitucional e a metodologia de trabalho que, afim de incluir todos aqueles que compunham a Assembléia Constituinte Congressista, criou uma enormidade de comissões e subcomissões.

Entre as causas desta expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 1987/1988, que ensejou uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e *lobbies* durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas. Quanto a este último aspecto, **os parlamentares e grupos de pressão que se articulavam na Constituinte não se contentavam com o mero reconhecimento principiológico das suas bandeiras e interesses. Preferiam a consagração de regras específicas e detalhadas, que os colocassem a salvo de incertezas quanto às concretizações legislativas ou interpretações judiciais futuras dos dispositivos que lhes favorecessem. Todos estes fatores contribuíram para que fossem incorporadas à Constituição normas de duvidosa estatutura constitucional, ora definindo políticas públicas que, do ponto de vista da teoria democrática, talvez deversem ser decididas no processo político majoritário, ora salvaguardando do alcance das maiorias interesses de caráter puramente corporativo, ora, ainda, adentrando em minúcias impróprias para um Texto Magno.**²⁹¹

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009. p.28-29

O longo e tumultado processo constituinte teria levado à inserção de normas constitucionais que não constavam do projeto aprovado pela Constituinte. Tal revelação foi feita, em 2003, pelo então Ministro do STF, Nelson Jobim²⁹². Um desses artigos seria o princípio da separação de poderes. O fato apresenta apenas uma curiosidade histórica, já que isso não retiraria, hoje, a legitimidade do preceito constitucional²⁹³.

Em relação à temática “organização dos poderes”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou diversos artigos. Assim, inicialmente, dentre os princípios fundamentais, a Constituição prescreve que “são poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.²⁹⁴ Tal princípio é enumerado, ainda, no artigo 60, §4º, III dentre os limites materiais ao Poder de Reforma.

Seguindo a tradição inaugurada no constitucionalismo clássico, o título II enumera os direitos e garantias fundamentais, apresentando uma diversidade de limitações aos poderes públicos. Destaca-se os dispositivos que prescrevem o devido processo legal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o mandado de injunção.²⁹⁵ Dentro da organização do Estado, há dispositivos que tocam diretamente à organização dos poderes em decorrência da forma de Estado adotada- o federalismo. Assim, dentro desse complexo modelo de repartição de competências federativas²⁹⁶, há disposições que distribuem, dentre os entes, as competências normativas e materiais, afetando, diretamente, a atuação do Poder

²⁹² Em 2003, ano da “revelação”, houve um grande debate público sobre a questão, chegando-se, à alguns setores mobilizados da sociedade civil, a pedir o *impeachment* do então ministro do STF, Nelson Jobim. A título exemplificativo, indica-se a reportagem “Líderes sabiam de inclusão de dois artigos na Constituição, diz Jobim”. In: CHRISTOFOLETTI, Lilian. Líderes sabiam de inclusão de dois artigos na Constituição, diz Jobim. **Folha online**, São Paulo. 07 de outubro de 2003. Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0710200311.htm>> . Acesso em 10 de outubro de 2012.

²⁹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões sobre democracia e Poder Constituinte. *Jornal Jurid Digital*, v. 4, p. 1-10, 2008.

²⁹⁴ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹⁵ O núcleo do devido processo legal está previsto no artigo 5º, incisos LIV e LV; entretanto, existem diversos dispositivos na Constituição que são corolários deste princípio. O princípio da inafastabilidade da jurisdição está localizado no inciso XXXV e o mandado de injunção no LXXI do mesmo artigo. In: BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Executivo e do Poder Legislativo de cada esfera da federação²⁹⁷. Na mesma direção, há prescrições direcionadas à organização do Poder Legislativo e do Poder Executivo no âmbito dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.²⁹⁸

O capítulo VII, do título III, dedicado à Administração Pública que, através dos princípios constitucionais, acabam balizando a atuação desta, gerando rupturas significativas com o modelo anterior, o que exigiu e vem exigindo a construção de um ressignificado Direito Administrativo²⁹⁹.

A organização dos poderes e das funções essenciais à Justiça ganha posição de centralidade no texto constitucional brasileiro. Entre os artigos 44 e 58, a Constituição busca resgatar a autonomia legislativa e afastar os resquícios do “entulho autoritário”. Assim, restabelece um sistema bicameral cujos membros devem ser escolhidos, diretamente, pelo povo. Também fortalece as competências normativas do Congresso Nacional, extirpando da ordem democrática o famigerado “decreto-lei” e a sua aprovação por decurso de prazo. Destaque-se, nesse aspecto, a inserção da medida provisória³⁰⁰ que, ao menos sob o ponto de vista do previsto no artigo 62 do texto constitucional vigente, em nada se afeiçoava ao antigo decreto-

²⁹⁷ Refiro-me às competências estabelecidas nos artigos 21,22, 23, 24, 25, §1º, 30 e 32 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹⁸ Artigos 27, 28, 29 e 32 da Constituição da República Federativa do Brasil. In: BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁹⁹ Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve uma ampla produção científica sobre os fundamentos, categorias e institutos do Direito Constitucional. Tal fato justifica-se à medida que o texto constitucional restaurou a democracia, exigindo que a interpretação desta ciência fosse inundada pela Teoria Democrática. O Direito Administrativo começou a sua marcha, rumo a revisitação das suas categorias, um pouco mais tarde. A nova geração do direito administrativo brasileiro, que tem, dentre os seus representantes o professor Gustavo de Oliveira Justino vem dando importantes contribuições na direção de uma compreensão transversal do direito administrativo, especialmente aproximando-o do direito constitucional e da teoria democrática. Parte do material bibliográfico utilizado nesta pesquisa foi fornecido pelo professor, durante as proveitosas aulas do professor, na disciplina Administração Pública Democrática e Participação Popular, ainda na fase de realização dos créditos necessários ao doutoramento.

³⁰⁰ Em um dos primeiros estudos sobre o tema, o professor Raul Machado Horta demonstrou a inspiração do instrumento adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil- os *decreti legislative* previstos na Constituição Italiana. Assim, descreve: “As medidas provisórias da Constituição da República de 1988 correspondem a outra denominação que recebeu o decreto-lei no Direito Constitucional Brasileiro. É certo que sua fonte inspiradora não se localiza no regime autoritário anterior e reside, ao contrário, em texto representativo do constitucionalismo democrático. Com efeito, a versão originária das medidas provisórias encontra-se na Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que organizou a República democrática, ‘fondada sul lavoro’ (art.1)”. IN: HORTA, Raul Machado. *Medida provisórias. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 107, jul/set de 1990. p.6. Decerto que a evolução do constitucionalismo brasileiro demonstrou o enorme abuso cometido pelo Executivo na utilização deste instrumento; porém, não está, no seu desenho institucional, por si, as raízes deste fato.

lei. Há, ainda, importantes mudanças referentes ao processo legislativo: reduziu-se as hipóteses de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo e o quórum para a derrubada do veto, ampliou-se a possibilidade de realização de emendas parlamentares, inclusive sobre os projetos de iniciativa privativa³⁰¹, fortaleceu-se o sistema de fiscalização político-administrativa e financeiro-orçamentária. As marcas da memória constitucional da ditadura levaram, ainda, o Constituinte a detalhar e limitar os denominados instrumentos de exceção-Estado de sítio, defesa e intervenção federal, impedindo o fechamento do Congresso Nacional. Assim, a Carta de 1988 reposiciona o papel do Legislativo nos instrumentos de exceção, garantindo-lhe a independência, exigindo a sua co-participação para a decretação do estado de sítio e indicando-o como o guardião da democracia no constitucionalismo de crise, dando-lhe as ferramentas fiscalizatórias para evitar os abusos que assolaram o processo democrático brasileiro durante o regime militar. Entretanto, deve-se destacar que o texto constitucional também exige a sua responsabilidade, especialmente perante a sua função legiferante, ao prescrever instrumentos judiciais que visam a apurar a responsabilidade do parlamento pela mora legislativa³⁰².

No âmbito da estrutura organizacional, comparando-se o presente sistema com o seu antecessor, pode-se observar, em parte, a perda de hegemonia do poder Executivo. Não se quer afirmar que ele ainda não tenha força perante a nova ordem constitucional, mas apenas que, a proposta de reabilitação do processo democrático acomodou-o, ao menos diante dos ditames constitucionais, ao lado dos demais poderes. Entretanto, seja em face do sistema de governo adotado, o presidencialismo, seja pelo abuso na utilização da medida provisória, verifica-se, ainda, uma forte ingerência do Poder Executivo em relação ao Legislativo, sobretudo no controle da agenda parlamentar. Por sua vez, o abandono do sistema

³⁰¹ Vide, por exemplo, RE 257163 em que o Ministro Gilmar Mendes confirma jurisprudência do STF de considerar constitucional as emendas parlamentares aos projetos de iniciativa privativa do Poder Executivo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vide agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 257163. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 30 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3466802>>. Acesso em 14-01-2014.

³⁰² Mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

parlamentarista na votação da Constituinte, gerou um sistema presidencialista que precisa, para efetivar os seus programas, de um forte apoio parlamentar; assim, as relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-88 modelariam o denominado presidencialismo de coalizão³⁰³. Nas palavras de Sarmento:

O Executivo que resulta da Constituição de 1988 é forte. No plano normativo, ele não tem mais a absoluta hegemonia que desfrutava sobre os demais poderes como no governo militar, mas manteve um amplo controle sobre a agenda parlamentar, além de relevantes faculdades normativas, com destaque para a edição de medidas provisórias – que, aliás, têm sido empregadas de forma rotineira e abusiva. Porém, apesar da sua proeminência, o Executivo não consegue governar contra a maioria parlamentar, dependendo do seu apoio para implementar as suas políticas de governo. Este apoio não é uma exigência formal do regime – que, afinal, é presidencialista e não parlamentarista –, mas uma imposição prática, que, quando não atendida, gera ingovernabilidade, paralisia estatal e crise política. Este modelo caracteriza o que alguns cientistas políticos têm chamado de “presidencialismo de coalizão”, que se expressa na necessidade de o Chefe do Executivo construir uma base de apoio no Legislativo, através de mecanismos como a participação na formação do Ministério e na distribuição de outros cargos.³⁰⁴

A independência do Judiciário, fragilizada pelos ditames do Ato Institucional n.º 05, conforme descrito em outro ponto desta seção, foi restaurada. Ao ampliar o leque de judicialidade e “dar um novo perfil às instituições como o Ministério Público e a defensoria Pública”³⁰⁵, incrementou-se o acesso à justiça, o que veio a impactar o posicionamento deste poder em face do Executivo e do Legislativo.

Um destaque é dado ao STF. A competência deste Tribunal foi incrementada no âmbito da jurisdição constitucional; assim, três novos instrumentos de jurisdição constitucional concentrada, considerando-se as emendas que se sucederam ao texto original, foram incluídos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ação Direta de

³⁰³ Para um maior desenvolvimento do tema, conferir **LIMONGI, F. ; FIGUEIREDO, A. C. .** As Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, sao paulo, v. 44, p. 81-106, 1998.

³⁰⁴ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009. p.32-33.

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009.

Inconstitucionalidade por omissão e a Ação Declaratória de Constitucionalidade³⁰⁶. Ampliou-se o rol de legitimados à jurisdição constitucional concentrada, criaram-se mecanismos de participação da sociedade no âmbito do STF, destacando-se o *amicus curiae* e as audiências públicas, uniformizou-se os efeitos, determinando-se a vinculação da função executiva e jurisdicional às decisões do STF em sede concentrada; institui-se a sumúla vinculante; mudou-se a feição do Recurso Extraordinário que passou a exigir, dentre os seus requisitos, a demonstração de repercussão geral. Bonavides, em 2000, ainda não pressentido o fortalecimento que o STF alcançaria no século XXI, chegou a afirmar, analisando a Constituição de 1988:

Fez, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal taxativamente um tribunal de guarda da Constituição. Mas ele nesse ponto se autodemitiu da importantíssima e crucial tarefa de concretizar nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora de salvaguarda das instituições. Os que ora desfecham um golpe de Estado institucional não são portanto molestados pela Justiça constitucional: e permanecem intangíveis, fora do alcance do braço da Lei Suprema, pervertendo, afrontando e despedaçando, cada vez mais, as instituições do país.³⁰⁷

Tal assertiva não é mais a realidade existente no constitucionalismo brasileiro contemporâneo; o STF, especialmente no final da década de 90, tornou-se um ator central no âmbito do relacionamento entre os poderes. Diversas variáveis podem ser levantadas para explicar esse fenômeno: talvez, seja possível indicar o robustecimento do desenho institucional acima destacado, a mudança de composição, a fidúcia obtida perante a sociedade civil, fortalecida pelo ativismo midiático que passou a se interessar fortemente pela agenda do Judiciário, as influências teóricas de um direito constitucional renovado, ressaltando-se as bandeiras hasteadas pelo neoconstitucionalismo que remodelam o papel do juiz, a propagação da normatividade da constituição, as pressões da opinião pública.

³⁰⁶ Registre-se o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre a existência desse procedimento já sob a égide do regime anterior, especialmente pelas possibilidades de atuação que eram conferidas ao Procurador Geral da República, titular absoluto da legitimidade de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade que poderia requerer a declaração de constitucionalidade, objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade que hoje conhecemos. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2.ed. São Paulo: SARAIVA, 1998.

³⁰⁷ In: BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000. p.175.

Oscar Vilhena Vieira diagnostica o cenário, compreendendo-o como o momento da “Supremocracia”:

Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político.³⁰⁸

Simultaneamente, o posicionamento do Executivo, ainda que bastante limitado em relação ao período anterior pelo texto constitucional, não ficou-se; a recente história constitucional brasileira, construída em quase três décadas, demonstra episódios de uso abusivo das medidas provisórias³⁰⁹, inclusive em situações de violação de direitos fundamentais, de malversação dos recursos públicos³¹⁰, de patrimonialização e personalização da esfera pública³¹¹, enfim, do descumprimento explícito dos ditames constitucionais. Nessa direção, Bonavides é enfático:

O ordenamento jurídico vem sendo destruído em grande parte pelo golpe de Estado institucional desferido por meio de Medidas

³⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de janeiro de 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>.

³⁰⁹ Segundo Fabiano Costa, “Ao longo dos oito anos em que esteve no comando da Presidência, FHC publicou 334 MPs. É o segundo presidente que mais recorreu ao instrumento desde a redemocratização. O primeiro foi Lula, com 414 MPs em oito anos de governo.” In: COSTA, Fabiano. Dilma edita menos MPs que Lula nos dois primeiros anos de mandato. *Portal Globo de Notícias*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/01/uso-de-mps-diminui-37-nos-dois-primeiros-anos-do-governo-dilma.html>>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

³¹⁰ Cita-se as decisões já transitadas em julgado na Ação Penal n. 470 (Mensalão).

³¹¹ Além dos condenados na Ação Penal n. 470, cita-se o escândalo que envolveu o ex-governador do Distrito Federal, Arruda, com um esquema de corrupção.

Provisórias que expulsam do exercício do poder legítimo os dois órgãos paralelos da soberania nacional, o Legislativo e o Judiciário. E assim o governo, sem dar satisfação ao povo, à opinião, ao país e à sociedade, executa a implacável política da recolonização.

O parlamento, embora entricheirado pela atuação excessiva do Poder Executivo e do Poder Legislativo, também acaba por enfrentar uma crise de legitimidade, seja pela sua inércia legislativa, seja pelos inúmeros escândalos de corrupção que envolveram, na recente democracia, os seus representantes.

Nesse contexto, ganha espaço as investigações que, em diversas áreas do conhecimento, visam a diagnosticar, compreender e redirecionar as bases até então percorrida no âmbito das relações institucionais.

Assim, na seara jurídica brasileira, há inúmeros trabalhos sobre a jurisdição constitucional do STF e a sua relação com os demais poderes. De um lado, observa-se que parte da literatura jurídico-científica tenta definir, usando alguns argumentos já trabalhos no capítulo anterior, a adequabilidade da atuação do STF enquanto órgão responsável por zelar e dar a última palavra nos conflitos constitucionais. Tais trabalhos apresentam uma linhagem mais aprofundada, pois enfrentam os pontos centrais da discussão do controle de constitucionalidade na atualidade; outros, embora tematizem questões teóricas relevantes, ao chegarem no principal dilema que envolve as questões relativas à justificação democrática da jurisdição constitucional, não avançam, contentando-se com os argumentos já desenhados, há dois séculos, na obra “Os Federalistas” e que foram retratados do célebre caso *Marbury x Madison*: a compreensão dos limites estabelecidos pela Constituição para os poderes constituídos e o dever do Judiciário de zelar pela Constituição, invalidando as normas que demonstrem a violação desses limites. Isso, claramente, não resolve o dilema central ressaltado e trabalho, nessa pesquisa, no último capítulo. Nuances desse posicionamento, encontram-se na defesa incondicionada do princípio da dignidade da pessoa humana; desse modo, em prol da garantia deste princípio, seria legitimada a atuação do STF, ainda que tal órgão acomode-se numa posição mandatória em relação ao Executivo e ao Parlamento.

Outros trabalhos na área jurídica, embora diagnostiquem a necessidade de investigar a adequabilidade das bases da teoria do princípio da separação de

poderes utilizadas correntemente na doutrina constitucional brasileira e nos enunciados do STF, ainda fundadas das teorias do século XVIII, não avançam, limitando-se a dizer que o princípio explicado pelas luzes de Montesquieu “deve ser mandado às favas”³¹², mas não apresentando-se uma alternativa viável e argumentativamente sustentável que consiga explicar a complexidade assumida pela trama das relações institucionais e a esfera pública no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Uma abordagem diferenciada na literatura jurídico-brasileira, predominantemente usada neste trabalho, é feita por Conrado Hubner Mendes. Na área jurídica, considerando a produção científica brasileira, o trabalho de Mendes é um divisor de águas, pois abebera-se, embora ressignificando-as, das fontes canadenses e americanas do diálogo institucional. Conforme observou-se, detalhadamente, no capítulo anterior, em decorrência de um recorte metodológico efificado, a investigação de Mendes limitou-se a observar as relações Legislativo-Judiciário. Assim, a presente pesquisa, no capítulo anterior, teceu algumas considerações demonstrando a relevância de se tematizar, no Brasil, as interações que envolvem o executivo, seja na dimensão do parlamento, seja na dimensão judicial. Finalmente, considerando a centralidade da esfera pública para o constitucionalismo democrático, propôs-se a inclusão desta no âmbito da relação dialogal entre as funções estatais. Assim, defendeu-se que esse modelo teórico, desenvolvido no final do capítulo III, conseguiria responder, de forma mais adequada, às premissas teóricas de um constitucionalismo democrático.

Chegando-se ao final desta seção, pode-se ressaltar que o desenho institucional dos poderes esteve presente, de forma bem semelhante, em cada uma das Constituições. A contextualização apresentada, ainda que breve, deu alguns indícios que permitem a compreensão presente do panorama entre os poderes. A pretensa supremacia do STF é intensamente debatida pela literatura jurídico-científica que move-se rumo à investigar a compreensão hodierna do princípio da

³¹² A expressão é usada no artigo de MOTA, PINHEIRO E VIEIRA. In: PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delayti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, Dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16-07-2012.

separação de poderes no Brasil. Entretanto, as explicações que, predominantemente, ainda ressoam na seara jurídica buscam sustentação nas teorias edificadas no século XVIII, desenvolvidas no capítulo II desta pesquisa. Considera-se, pelos motivos exarados, a proposta de Mendes inovadora. Com as nuances que a presente investigação atreveu-se a apresentar, detalhadas no capítulo anterior, a próxima seção buscará observar algumas relações entre os poderes no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, buscando demonstrar como tais relações ora se aproximam, ora se afastam desta proposta teórica.

4.3- Diálogo institucional: a observação de algumas interações no cenário brasileiro atual

A presente seção visa analisar algumas situações que apontariam para a possibilidade de um efetivo diálogo entre os três poderes no constitucionalismo brasileiro atual. O objetivo não é esgotar a temática, mas demonstrar como algumas interações já avançam rumo a perceber a riqueza do diálogo institucional, bem como a interlocução com a esfera pública.

Nessa direção, a seção desdobra-se em quadro cenários: a) o cenário A avaliará a relação entre o Legislativo e o STF, sobretudo a partir da discussão sobre a perda do mandato parlamentar em casos de condenação transitada em julgada; b) o cenário B dedicar-se-á a observação da interação entre o Executivo e o STF, sobretudo no âmbito da denominada “judicialização da saúde e os desdobramentos ocorridos a partir da Audiência Pública promovida pelo STF sobre a temática; c) o cenário C investigará as relações entre o Executivo e o Legislativo e d) o cenário D faz algumas incursões sobre a interação existente entre o STF e a esfera pública no âmbito da ADI n. 3510.

4.3.1-Cenário A: as interações entre o Parlamento Brasileiro e o STF

No plano federal, as interações entre STF e Congresso Nacional demonstram sinais de tensão. Um rápido diagnóstico sobre tal relação do início do século XXI até

o presente momento, pode ser construído a partir da visualização da jurisprudência do STF. Citam-se, como exemplo, os acórdãos que visam anular atos viciados do processo legislativo por violação à Constituição, antes neutralizados pela doutrina dos chamados *atos interna corporis*, as decisões que envolveram a questão da fidelidade partidária e os recentes posicionamentos do STF no âmbito do controle da omissão legislativa, especificamente o mandado de injunção e a ADI por omissão. Em entrevista concedida ao jornal Valor Econômico, Gilmar Mendes chega a declarar que compete ao STF corrigir as deficiências do Legislativo:

"Os tribunais acabam corrigindo o Legislativo", afirmou Mendes ao Valor, por telefone, da Lituânia, onde participou de um encontro internacional de Supremas Cortes, na semana passada. No evento, 39 presidentes de Supremos discutiram o problema da omissão legislativa e a maioria concluiu que, quando as leis são falhas perante os princípios centrais da Constituição cabe, sim, a intervenção dos tribunais. "É uma tendência quase geral no mundo", constatou o presidente do Supremo brasileiro. "Os tribunais mandam o Parlamento complementar a lei e este último obedece."³¹³

O trecho acima é citado por diversos trabalhos que, ora aplaudem o ativismo do STF, ora criticam o excesso de atuação em face aos demais poderes. A ciência jurídico-brasileira já se dedicou sobre o tema, tentando explicar as inúmeras variáveis que explicariam tal tensão e, em certo sentido, a supremocracia já explicitada em capítulos anteriores. O recorte temático desta pesquisa não avança rumo à investigação dessa pretensa apatia do legislativo; pode-se citar, apenas a título exemplificativo, a crise de legitimidade que assola o Congresso Nacional, especialmente realçada pelas constantes denúncias de corrupção, a demora legislativa em regulamentar questões afetas à direitos fundamentais, tal como o caso da greve do servidor público e o direito à proporcionalidade do aviso prévio, a irradiação de teorias neoconstitucionalistas que acabam por ressaltar o papel da magistratura e o fortalecimento da jurisdição constitucional concentrada. Todas essas variáveis criam um cenário propício para um robustecimento do papel do STF, contemplado no âmbito da literatura jurídico-científica³¹⁴ e também na jurisprudência

³¹³ Para o STF, Tribunal supre deficiências do Legislativo. Valor Econômico. 09/06/2011.

³¹⁴ Um dos exemplos de um bom texto que faz esse exame, já citado neste trabalho, é o de Oscar Vilhena, Supremocracia.. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-

do STF, ambiência em que alguns Ministros arrogam-se como os verdadeiros oráculos de interpretação da Constituição:

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal, que detém, em particular, a intervenção do **Supremo Tribunal Federal, que detém, em tema de interpretação constitucional, e por força de expressa delegação que lhe foi atribuída pela própria Assembléia Nacional Constituinte, o monopólio da última palavra.**³¹⁵

Tal trecho foi retirado de um voto na Ação Penal n. 470 a qual discutia a aplicabilidade do artigo 55, VI e §2º, que trata da perda do mandato parlamentar em caso de sentença condenatória com trânsito em julgado. A questão suscitou, entre o Congresso Nacional e o STF, algumas interações que apontam para elementos de um diálogo institucional.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, fica claro a falta de uma linha interpretativa no STF já consolidada:

O STF não possui entendimento jurisprudencial firme e pacífico sobre o tema. No RE 179.502 (*DJ* de 8-9-1995), no RE 225.019 e no RE 418.876, a Corte chegou a discutir o problema e, na linha do voto proferido pelo Min. Moreira Alves, entendeu-se que a antinomia entre os dois preceitos referidos há de ser resolvida pelo critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites do seu âmbito, a *lex generalis*, sendo certo, portanto, que o art. 15, III, contém princípio geral de aplicação imediata, e que o art. 55, § 2º, é norma especial aplicável somente aos parlamentares. Assim, o entendimento que prevaleceu naquelas ocasiões determinava a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação. **Excepciona-se a situação dos parlamentares, para os quais a suspensão dos direitos políticos está condicionada à decisão da casa legislativa** (art. 55, § 2º).³¹⁶

³¹⁵ STF. Ação Penal n. 470. Voto do Ministro Celso de Melo. fl. 59947

³¹⁶ STF. Ação Penal n. 470. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p.

Foi nesse contexto, que a Câmara dos Deputados, em sessão realizada em 29 de agosto de 2013, absolveu o então Deputado Federal Natan Donadon, condenado por peculato e formação de quadrilha, em sentença transitada em julgado, pelo STF, a qual o condenou há mais de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado. Parte dos Ministros do STF, acharam o comportamento do legislativo um desrespeito à autoridade do STF, pois, na visão destes, um dos efeitos imediatos da condenação criminal seria a perda do mandato parlamentar. Luis Roberto Barroso, no seu voto proferido em medida cautelar no Mandado de Segurança n. 32.326-DF, a qual discutia a decisão tomada pela Câmara de instaurar o processo político de cassação de Donadon, resumiu a divergência que se formou no STF acerca da questão:

No julgamento da Ação Penal 470, formaram-se duas linhas opostas de opinião, com algumas sutilezas dentro de cada uma delas. De um lado, a posição do relator, Min. Joaquim Barbosa, pela qual a perda do mandato seria uma decorrência natural da condenação criminal transitada em julgado.

(...)De outro lado, a corrente na qual figuraram os Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, entre outros, pela qual se entendeu que, em qualquer caso, a perda do mandato somente pode se dar por decisão do Plenário da Casa Legislativa respectiva, nos termos do art. 55, VI e § 2º.

No contexto em que alguns deputados estavam sendo julgados pelo STF, o enfrentamento da Câmara, respaldado pelo posicionamento minoritário de parte dos Ministros do STF e por alguns constitucionalistas brasileiros, gerou uma reação imediata de alguns Ministros do STF, ressaltando-se o pronunciamento do Ministro Celso de Mello:

Desejo fazer um último registro, Senhor Presidente, **motivado por declarações de alto representante de um dos Poderes do Estado, cujas observações esdrúxulas parecem refletir um elevado (e preocupante) grau de desconhecimento das Instituições da República, na medida em que afirma, ostensivamente, e sem qualquer pudor institucional, que não cumprirá, embora transitado em julgado, uma decisão soberana do Supremo Tribunal Federal.**

(...) Essa incondicional sujeição da autoridade pública à imperatividade dos pronunciamentos jurisdicionais irrecorríveis constitui expressiva decorrência do princípio que consagra, em nosso sistema de direito positivo, o dogma da separação de poderes.

(...) **Os poderes Legislativo e Executivo não podem pretender que deles, unicamente, emanem as legítimas interpretações da Constituição e das leis.** Esse não é o domínio institucional do Legislativo e do Executivo, nem esta constitui, no plano da nossa organização jurídica, a atividade preponderante desses órgãos do Estado.

(...) autoridades legislativas ou administrativas, quaisquer que sejam, não tem o poder, sob pena de usurpação das atribuições cometidas ao Judiciário, de questionar, quando já esgotados todos os meios de impugnação recursal, o conteúdo intrínseco dos atos jurisdicionais. Impõe-se-lhes, nesse contexto, uma única, só e possível opção: o fiel e estrito cumprimento da decisão transitada em julgado.³¹⁷

O voto é riquíssimo para se compreender as tensões entre Legislativo e o STF. O autor, claramente influenciado pelas teorias que defendem a supremacia das Cortes Constitucionais, faz uma série de outras considerações, considerando como ato de violação aos pressupostos constitucionais o posicionamento do Presidente da Câmara.

Nesse contexto, um terço dos membros do Senado Federal propuseram uma proposta de Emenda Constitucional, já aprovada em dois turnos nesta casa, que visa modificar o teor do artigo 55 da CRFB/88. Na justificativa da proposta, encontra-se, explicitamente, referências ao debate produzido no STF:

A proposição que ora submetemos à apreciação dos eminentes pares tem o objetivo de elucidar as recentes querelas que envolvem a interpretação dos efeitos de uma condenação criminal sobre o exercício de mandato no Congresso Nacional.

(...) Hoje, por decisão do Supremo Tribunal Federal, vige o entendimento de que a condenação criminal trará, como consequência, a perda do mandato parlamentar. **Tal decisão, entretanto, deu-se por apertada maioria, além de reverter jurisprudência histórica.**

(...) Por outra parte, o exame histórico do processo constituinte aponta em sentido diverso do entendimento adotado pelo STF.

(...) O tema se encontra no momento sob algumas sombras, o que torna necessária uma definição que o torne isento de dúvidas e questionamentos.³¹⁸

³¹⁷ Ação Penal n. 470. Voto do Ministro Celso de Melo.

³¹⁸ Justificativa apresentada na Proposta de Emenda Constitucional n. 18/2013.

A demonstração do diálogo institucional entre Parlamento e STF se faz, na análise do referido documento, especialmente pela indicação de que o debate também encontra dissidências dentro deste poder.

Na continuidade do desdobramento dessa questão, a impetração do mandado de segurança já destacado nessa seção levou o Ministro Roberto Barroso, na apreciação da Cautelar e adotando uma postura mais moderada, a posicionar-se:

Este *imbroglio* relativamente à perda de mandato parlamentar, em caso de condenação criminal, deve funcionar como um chamamento ao Legislativo. O sistema constitucional na matéria é muito ruim. Aliás, o Congresso Nacional, atuando como poder constituinte reformador, já discute a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional que torna a perda do mandato automática nas hipóteses de crimes contra a Administração e de crimes graves. Até que isso seja feito, é preciso resistir à tentação de produzir este resultado violando a Constituição. O precedente abriria a porta para um tipo de hegemonia judicial que, em breve espaço de tempo, poderia produzir um curto circuito nas instituições.³¹⁹

A tensão, nessa situação, demonstra o aquecimento da pauta; o cenário, a aguardar novas rodadas procedimentais, já está a demonstrar a existência de um genuíno diálogo institucional entre os poderes instituídos no Brasil.

4.3.2-Cenário B: as interações entre o Poder Executivo e o STF

A tensão entre Executivo e Judiciário no constitucionalismo brasileiro contemporâneo não é menos problemática. Durante um longo período, a jurisprudência do STF era bastante acanhada quando debruçava-se sobre questões que, em alguma medida, tocavam na discricionariedade dos demais poderes. Assim, o princípio da separação de poderes e a teoria tradicional das normas programáticas afastavam o Judiciário do reconhecimento de demandas em prol da efetividade de direitos de segunda geração, especialmente o direito à saúde.

³¹⁹ Decisão do Ministro Luis Roberto Barroso proferida em sede de cautelar no Mandado de segurança n. 32.326-DF

O panorama alterou-se na primeira década do século XXI. Assim, a revolução copernicana do direito constitucional³²⁰, afirmada por Streck, gerou a mudança de alguns substratos teóricos que blindavam o controle judicial sobre políticas públicas. Destaca-se, especialmente, a teoria dos direitos fundamentais de segunda geração que ficou amarrada, por muito tempo, ao campo da compreensão das normas programáticas. No campo constitucional, a aceitação ampla dessa teoria pelo Judiciário transformou os direitos fundamentais de caráter social em promessas, cumpridas dentro da discricionariedade ampla conferida ao Poder Executivo. Barroso, analisando o salto dado, na década de 90, no âmbito controle judicial de políticas públicas afetas à saúde afirma:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juizes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.³²¹

Nesse contexto, um intenso debate tomou conta da literatura jurídico-científica e de outras searas do conhecimento.³²² O fenômeno da judicialização elevou, em 2008, para R\$47,6 bilhões os gastos do Ministério da Saúde com a compra de medicamentos determinados pelo Judiciário. Em 2002, os gastos eram de R\$2,2

³²⁰ STRECK, Lenio Luis. *A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Disponível em: www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividadeslenioluizstreck.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2009.

³²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2012.p.3.

³²² O tema judicialização da política é uma das temáticas mais exploradas no âmbito da produção jurídica. As discussões sobre os principais fundamentos, quais sejam, o princípio da reserva do possível ou teoria do caixa zerado, o direito ao mínimo existencial, a revisão da teoria das normas programáticas, dentre outras importantes temáticas, não serão desenvolvidas nesse trabalho em face do recorte temático aqui adotado- a interação entre os poderes.

milhões com ações judiciais. A explosão da denominada judicialização da saúde, levou o STF, em 2009, a realizar uma Audiência Pública³²³ com diversos segmentos, tais como membros da sociedade civil, do Ministério Público, das representações da Advocacia Pública e do Poder Executivo. Durante os debates, José Temporão, que ocupava a pasta do Ministério da Saúde, reagiu:

Acho que a via judicial bem educa o gestor omissor que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o sistema único de saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas.³²⁴

Na ocasião, o Ministro da Saúde fez diversos comprometimentos e sugeriu vários protocolos. Destaca-se, pela abertura ao diálogo, o quinto compromisso:

(..)quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário assessoria técnica para subsidiar as suas decisões. Quanto a este último ponto, pela dificuldade de se conceber, estruturar e operacionalizar a assessoria técnica ao Poder Judiciário, convido para que, de imediato, reunamos representações do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União, do Conselho Nacional de Secretários Municipais e Estaduais de Saúde, das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Ministério da Saúde, para que juntos possamos encontrar e definir formas e meios para dar consequência prática a esta proposição.³²⁵

Valorizando o diálogo realizado com os poderes instituídos e a esfera pública no âmbito da Audiência Pública n. 04, o Ministro Gilmar Mendes asseverou:

³²³ Trata-se da audiência pública n. 04. As notas taquigráficas estão disponíveis em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 01 de julho de 2012.

³²⁴ TEMPORÃO, José Gomes. Assistência Farmacêutica do SUS. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 04. Brasília, 2009. Disponível em: < em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 01 de julho de 2012.

³²⁵ TEMPORÃO, José Gomes. Assistência Farmacêutica do SUS. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 04. Brasília, 2009. Disponível em: < em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 01 de julho de 2012.

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, esse Supremo Tribunal Federal passa a contar com os subsídios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica apresentados pelos amigos da Corte.³²⁶

Como resultado da Audiência Pública n. 04, o Conselho Nacional de Justiça instituiu uma Comissão de Estudos Interdisciplinar, a qual contou com representações de diversos segmentos da sociedade e do Poder Público. O resultado do trabalho, levou o referido órgão a publicar a Recomendação n. 31, dirigida a todos os órgãos do Poder Judiciário, e a resolução n. 07, de 06 de abril de 2010, que cria o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Ambos os documentos fazem menção às discussões ocorridas no âmbito da Audiência Pública n. 04, elogiando os debates que se travaram sobre os argumentos que, geralmente, são sustentados nessas ações judiciais, bem como as capacidades institucionais de cada um dos poderes. Dentro da competência do CNJ, a Recomendação nº 31 propõe diversas posturas que visam aperfeiçoar a solução de demandas judiciais envolvendo a assistência judicial à saúde. Algumas recomendações, geram uma ambiência propícia, em termos de design institucional, para a ocorrência do diálogo:

(...) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de saúde, bem como as unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais em Oncologia como unidade de assistência de alta complexidade-UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia-CADON.

Um dos argumentos que foi muito referenciado durante a Audiência Pública era o desconhecimento técnico dos magistrados sobre as questões envolvendo o fornecimento de medicamentos. Levantamentos feitos pelo Ministério da Saúde, indicaram que vários medicamentos cuja concessão foi autorizada pelo Judiciário tinha equivalente no âmbito da lista organizada pela ANVISA. Nesse sentido, a Recomendação n.º 31 propõe que os magistrados busquem apoio médico e

³²⁶ MENDES, Gilmar. Encerramento da Audiência Pública n. 04. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 04. Brasília, 2009. Disponível em: < em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 01 de julho de 2012.

farmacêutico para auxiliá-los no deslinde das questões técnicas envoltas à assistência à saúde; há, também, direcionamentos para as escolas de Magistratura, solicitando-lhes a inclusão da disciplina direito sanitário. Ressalte-se, ainda, recomendações que envolvem os medicamentos em experimentação, amplamente debatidos no âmbito da Audiência Pública n. 04.

Outras iniciativas, fomentadoras do diálogo, surgiram no plano regional e local. Assim, a Procuradoria da União e a Defensoria da União instituíram, no Rio Grande do Norte, um Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde. Seminários Interdisciplinares começaram a ocorrer no âmbito do Poder Judiciário³²⁷.

Dessa forma, ao menos no campo da judicialização da saúde, pode-se observar que as decisões do STF, inicialmente construídas com um alto teor mandatário, não encerraram o debate político sobre a assistência à saúde. Pode-se afirmar que, a Audiência Pública n. 04 propiciou o reinício de uma nova rodada procedimental sobre a temática. O debate ali produzido gerou novos desenhos institucionais, demarcados pela intersetorialidade, e recomendações que visam melhorar a efetividade do direito fundamental à saúde.

4.3.3-Cenário C: a interação entre o Executivo e o Legislativo

Conforme já analisou-se no âmbito desta pesquisa, a história constitucional brasileira foi demarcada por momentos de intensa atuação do Poder Executivo. O desenho constitucional de organização dos Poderes contribuiu, em alguns períodos, para colocar o Executivo em uma posição de ascendência, o que sufocou a possibilidade real de uma separação de poderes. A análise empreendida na segunda seção deste capítulo demonstrou que, perante a CRFB/88, o Poder Executivo continua forte, mas não é mais o poder supremo. Se o modelo de organização dos Poderes tende a demonstrar a igual primordialidade entre as três

³²⁷ Cite-se, como exemplo, informação disponível no site do Tribunal Regional Federal da 4ª região sobre um Seminário cujo objetivo era debater as boas práticas que evitam demandas judiciais na área da saúde.

clássicas funções públicas, a prática institucional pós-88, aos poucos, foi demonstrando o centralismo do Poder Executivo.

Um dos pontos problemáticos que indicam o estrangulamento do Legislativo causado pelo Executivo, no âmbito federal, é o (ab)uso das medidas provisórias. No Congresso Nacional, aponta-se que, entre a promulgação da CRFB/88, ocorrida em 05 de outubro de 1988, e 11-09-2011, período que ainda não estava em vigência a Emenda Constitucional n.º 32/03, foram editadas 619 e reeditadas 5491 medidas provisórias, chegando-se a um total de 6110 MP's ³²⁸. O abuso exercido por esse instrumento legislativo levou o Congresso Nacional a promulgar, em 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional n. 32.

A comparação entre o texto originário da Constituição e aquele prescrito pela Emenda, bem como a consulta à justificativa que acompanhou a proposta de emenda constitucional, demonstram a diferença formal e material assumida pelo instrumento normativo. Assim, a vedação de reedição sucessiva, os limites materiais propostos e o regime de urgência, previsto no artigo 62, §5º da CRFB/88 são pontos que foram inseridos, expressamente, na Constituição pelo Poder de Reforma.

Entretanto, o regime de urgência, que prescreve a inserção obrigatória da medida provisória na pauta do Congresso Nacional, nas situações em que a deliberação não tenha se ultimado no prazo constitucional (45 dias), transformou-se em um tormento para o parlamento, pois, a partir de então, o poder de agenda parlamentar passou a ser subordinado aquele expediente; juristas e parlamentares vêem, neste ponto, uma forma de controle que do Executivo em relação ao parlamento que, sufocado, não pode mais definir as suas prioridades legislativas.

Creio que se faz absolutamente necessário a construção de um novo modelo para a tramitação das matérias nas duas Casas do Congresso Nacional, em especial o rito das medidas provisórias, cuja situação já se torna intolerável. **A função legislativa dos deputados e senadores não pode continuar sendo usurpada, como lamentavelmente tem-se testemunhado.** Como já é do conhecimento de todos, as medidas provisórias têm, sistematicamente, trancado as pautas de ambas as Casas, sendo que propostas importantes de iniciativa parlamentar e de grande alcance social e político são prejudicadas e nada se volta. **O**

³²⁸ Dados extraídos da Justificativa da Proposta de Emenda Constitucional n. 491/2005.

legislativo, a cada dia, perde poder e prestígio e o Executivo legisla sem cerimônias, como se essa fosse a sua função precípua. (Justificativa apresentada na PEC n. 208/2012 proposta no âmbito da Câmara dos Deputados)

A limitação da edição pelo Presidente da República de medidas provisórias com força de lei é imperativo à retomada pelo Poder Legislativo de sua competência constitucional de exercer, com exclusividade, as funções que lhe são próprias. (Justificativa apresentada na PEC n. 118/2007 proposta no âmbito da Câmara dos Deputados)

Em sua ânsia legiferante, o Executivo não apenas atropela o texto da Constituição como impede, na prática, o pleno e regular funcionamento do Congresso Nacional: pelo volume excessivo de Medidas Provisórias que edita, e diante da impossibilidade prática de as duas Casas Legislativas pronunciarem-se a tempo sobre seu conteúdo, as respectivas pautas de votação ficam rotineiramente obstruídas-de acordo com os mandamentos da Carta maior. (Justificativa apresentada na PEC n. 322/2004)

Desse modo, o estrangulamento sentido pelos Congressistas levou a proposição de inúmeras propostas de emenda constitucional que, com pequenas variações, buscam retomar a autonomia em face do poder de agenda parlamentar. Destacam-se a PEC n.º 155/2003 e a PEC n.º 2/2007 que visam revogar o artigo 62 da Constituição, suprimindo o instituto da medida provisória.

Compreende-se que esse é um episódio que retrata uma forma de diálogo institucional entre Executivo e Legislativo; a tensão provocada pelo controle sobre a agenda parlamentar aponta para uma reação institucional da Câmara dos Deputados, materializada nas propostas de emenda constitucional que visam ora alterar, ora suprimir as medidas provisórias previstas no artigo 62 da CRFB/88.

4.3.4-Cenário D: o caso das células tronco

Em 20 de abril de 2007, o STF, como mecanismo de ampliar o círculo de intérpretes da Constituição, realizou uma Audiência Pública para discutir a temática

envolta na ADI n.º 3510, conhecida como ação direta de inconstitucionalidade que discutiu a liberdade científica do uso de células embrionárias humanas.³²⁹

Foram ouvidos 22 especialistas das mais diferentes áreas de conhecimento sobre a temática - medicina, genética, bioética, neurociência, antropologia - entre outros, divididos em dois blocos antagônicos: o bloco 01³³⁰, sustentando que a vida humana começa na fecundação, e o bloco 02³³¹ que defendia a higidez constitucional da Lei de Biossegurança. A estrutura das Audiências e a sua forma de composição foi objeto de crítica. Segundo Cláudia Maria de Castro Batista, em entrevista exposta no vídeo produzido pelo STF sobre a audiência:

A centralização da escolha dos participantes e da organização do bloco expositor contrário às pesquisas nas mãos da Procuradoria Geral da República resultou em um grupo menos ligado à área científica do que aquele que era favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Disso resultou uma disparidade muito grande na representação das posições, que, segundo ela, poderia ser minimizada caso fossem indicadas para compor o bloco contrário às pesquisas pessoas mais preparadas, articuladas e envolvidas com pesquisa científica.

Em outra entrevista, Antonio Carlos Campos de Carvalho, integrante do bloco favorável à realização das pesquisas sustentou a existência de um contraste muito grande entre os currículos dos participantes dos dois blocos, e asseverou:

A primeira coisa que chama a atenção da gente é que os pesquisadores que eram favoráveis, se você for olhar os currículos

³²⁹ Essa parte da pesquisa foi feita pela leitura dos votos e da transcrição dos vídeos da Audiência Pública, pois, no momento da realização da pesquisa, o STF não tinha publicado as notas taquigráficas.

³³⁰ Integrantes do bloco contrário à pesquisa com células-tronco: Lenise Aparecida Martins Garcia; Cláudia Maria de Castro Batista; Lilian Piñero Eça; Alice Teixeira Ferreira; Marcelo Vaccari; Antonio José Eça; Elizabeth Kipman Cerqueira; Rodolfo Acatauassú Nunes; Herberth Praxedes; Dalton Luiz de Paula Ramos; Rogério Pazetti.

³³¹ Integrantes do bloco favorável à pesquisa com células-tronco: Mayana Zatz; Patrícia Helena Lucas Pranke; Lúcia Willadino Braga; Stevens Rehen; Rosália Mendes Otero; Júlio Voltarelli; Ricardo Ribeiro dos Santos; Lygia V. Pereira; Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello; Antonio Carlos Campos de Carvalho; Débora Diniz.

desses pesquisadores, eles têm inúmeros trabalhos publicados, têm uma vida acadêmica bastante ativa e são pesquisadores produtivos, que publicam em revistas conceituadas internacionais indexadas e quanto ao currículo do pessoal que estava falando contra, é uma pobreza geral, na maioria dos casos. Com raras e honrosas exceções, a maioria daquelas pessoas não tem nenhuma, digamos, tradição acadêmica, nem história de pesquisa na área. Isso é o que contrasta.

O modo de organização dos especialistas em dois blocos antagônicos – pró/contra a constitucionalidade da lei – também foi questionado, pois na visão de alguns participantes tal opção teria contribuído para que as exposições realizadas fossem estrategicamente conduzidas; assim, os especialistas apresentavam depoimentos mais convenientes aos seus respectivos blocos, o que não se coadunaria com o caráter informativo dado às Audiências pela Lei 9868/99.

Um ponto a ser destacado é o grau de importância dado aos Ministros em relação à realização da Audiência. Assim, na opinião do Ministro Gilmar Mendes, a realização da audiência pública, permitindo a abertura da Corte Constitucional à comunidade científica, transformaria o Supremo Tribunal Federal em um espaço democrático, em ‘uma casa do povo’, conferindo, por conseguinte, maior legitimidade as decisões proferidas.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à

argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas³³².

Tal questão também pode ser observada no número de ministros que participaram da Audiência. Observou-se, assim, que nem todos os ministros fizeram-se presentes durante o diálogo estabelecido na Audiência. No processo de oitiva dos especialistas, estiveram presentes somente 04 dos 11 Ministros do STF: o relator da ADI n.º 3510, o Ministro Carlos Britto, a então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, que se ausentou por algumas vezes, o Ministro Joaquim Barbosa e o Ministro Gilmar Mendes. Apenas o Ministro Carlos Britto e Joaquim Barbosa assistiram a audiência pública em sua totalidade. Alguns dos presentes, tais como a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Gilmar Mendes não retomaram, no momento de prolação dos seus votos, os argumentos que foram discutidos durante aquele evento.

O cotejo entre os votos de cada um dos Ministros e os debates produzidos na Audiência Pública permite constatar que o argumento que indica a necessidade da instalação de um Comitê Central, responsável pela fiscalização das pesquisas com células-tronco embrionárias, presente nos votos dos 4 Ministros que impuseram restrições às pesquisas com célula embrionária- Ministro Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, não foi debatido por nenhum especialista que participou da Audiência Pública.

Há votos que fazem, expressamente, a indicação aos debates expressos na Audiência, dialogando com tais argumentos. Assim, por exemplo, o Ministro Carlos Ayres Britto, para ilustrar a dicotomia de opiniões existente sobre a possibilidade do embrião fertilizado *in vitro* assumir condição de ser vivo, aponta os depoimentos de duas especialistas pertencentes a grupos antagônicos, quais sejam a da Dr^a. Mayana Zatz³³³ e da Dr^a. Lenise Garcia³³⁴. Há outros trechos do voto em que o Ministro faz referência aos argumentos exarados por outros especialistas. A ministra Carmem Lúcia, preocupada com a repercussão da decisão da ADIN em exame na ADPF n. 54, faz referência ao posicionamento da especialista Débora Diniz,

³³² Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 3/4.

³³³ Voto do Min. Carlos Britto, p. 10.

³³⁴ Voto do Min. Carlos Britto, p. 10/11.

participante da referida Audiência. O voto do Ministro César Peluso faz referência ao depoimento de Mayana Zatz ao destacar a diferença entre a utilização das células embrionárias obtidas de embriões congelados e o aborto³³⁵. Ao discorrer sobre o início da vida, o Ministro faz referência ao depoimento de Lenise Martins Garcia (Integrante do bloco contra à pesquisa com células-tronco)³³⁶ e ao depoimento de Cláudia de Castro Batista (Integrante do bloco contra à pesquisa com células-tronco)³³⁷. Há, ainda, uma citação do depoimento de Antônio José Eça (Integrante do bloco contra à pesquisa com células-tronco)³³⁸, de Elizabeth Kipman Cerqueira (Integrante do bloco contra à pesquisa com células-tronco)³³⁹ e de Antonio Campos de Carvalho (Integrante do bloco contra à pesquisa com células-tronco)³⁴⁰. O Ministro também fez remissão expressa à argumentação desenvolvida por Mayana Zatz na qual afirma que “a fecundação é uma condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver”. Quanto a viabilidade de gerar vida a partir dos embriões congelados, o Ministro faz menção ao argumento de Alice Teixeira Ferreira³⁴¹. No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, há poucos trechos com menção expressa aos argumentos colhidos na audiência, citando-se os argumentos usados para justificar o lapso temporal (03 anos) necessário a destruição dos embriões³⁴². Também há indicações precisas dos debates travados na referida audiência nos votos dos Ministros Menezes de Direito e Celso de Mello.

Há votos que não fazem menção a qualquer argumento ou participante da Audiência Pública. Assim, embora o voto do Ministro Gilmar Mendes faça uma breve referência, de forma panorâmica, à relevância da participação dos cientistas, o teor dos seus argumentos não apresenta referência expressa aos depoimentos colhidos na audiência. O mesmo acontece com o voto da Ministra Ellen Gracie, do Ministro Eros Roberto Grau, do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Joaquim Barbosa.

Verifica-se, assim, o potencial democrático das Audiências Públicas enquanto mecanismo transformador dos debates constitucionais que ocorrem no STF. Diante

³³⁵ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.07.

³³⁶ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.20.

³³⁷ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.20.

³³⁸ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.20.

³³⁹ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.20.

³⁴⁰ Voto do Ministro Cezar Peluso, pg.21.

³⁴¹ Audiência pública. Vídeo 06

³⁴² Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, pg.48.

do fato irreduzível do pluralismo atual, no qual a sociedade contemporânea se encontra vazada em um dissenso valorativo, as Audiências Públicas podem representar uma abertura do círculo de intérpretes da Constituição, permitindo que as decisões em matérias controversas possam cotejar diferentes visões de mundo expostas a partir do olhar dos próprios afetados por estas decisões.

4.4 Considerações finais do capítulo

No presente capítulo, pode-se observar, inicialmente, a constante presença do princípio da separação de poderes no âmbito do constitucionalismo brasileiro. As variáveis políticas e sociais apontaram, em alguns períodos, para um modelo que indicava uma supremacia sufocante do Poder Moderador ou, no caso da República, do Executivo. O design constitucional apresentado pela Constituição da República Federativa do Brasil apontaria, por si, para uma igual primordialidade entre as funções públicas, bem como um caminho para o diálogo.

A análise das interações entre as funções públicas, desenhadas a partir da exploração de três cenários, indicaram, ainda que de forma exploratória, a presença de um genuíno diálogo institucional entre os poderes no Brasil. Simultaneamente, a avaliação de duas audiências Públicas- a da saúde e a da células tronco- permitiram observar a interação dos poderes com a esfera pública.

A tensão observada em cada um dos cenários, investigada sob a luz da teoria dialógica proposta no capítulo III, permite uma nova abordagem do princípio da separação de poderes a qual foge da lógica binária que, ora busca fundamentar o ativismo, geralmente judicial, ora demonstra a necessidade de sua auto-contenção. Visto sob outro ângulo, o centralismo do Executivo, a supremocracia do STF e a pretensa apatia do parlamento fazem parte de um circuito contínuo que, pela via de irritações recíprocas, ocorridas de forma ativa ou também pela via do silêncio, e em diálogo permanente com uma porosa esfera pública são capazes de construir a Constituição dentro dos pressupostos exigidos no marco do Estado Democrático de Direito.

**CAPÍTULO V- DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL E IDENTIDADE
CONSTITUCIONAL NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
algumas reflexões**

Em obra recentemente traduzida para o português, Michael Rosenfeld descreve como deve ocorrer a construção da identidade constitucional, servindo-se das teorias do sujeito de Freud e Lacan e a teoria filosófica do sujeito em Hegel. Para Rosenfeld, a identidade constitucional só pode ser construída através do confronto com o outro, o que exigiria, em um primeiro momento, a negação de outras múltiplas identidades que permeiam o contexto social- como a cultural, étnica, religiosa- em um segundo momento, o reencontro, a fim de construir positivamente a identidade constitucional, reencontro este que não significaria um mero confronto com as identidades anteriormente descartadas, mas seria uma ação dirigida pelos diversos sujeitos constitucionais, responsáveis por filtrarem os elementos necessários e formar uma identidade constitucional capaz de unir e vincular o multifacetado eu com a multiplicidade de outros. Por outro lado, o responsável pela elaboração dessa identidade constitucional não seria somente as entidades públicas legitimadas a criar e/ou interpretar a norma constitucional, como os representantes parlamentares ou a Corte Constitucional; o sentido da Constituição deveria ser permanentemente construído por todos aqueles que vivenciam a Constituição.

Na visão do autor, tanto a existência, bem como o lugar do sujeito só podem ser compreendidos se partirmos da interrelação entre o eu e o outro. O sujeito de Hegel e de Lacan emerge por direito próprio e requer uma mediação em busca de sua identidade. Em ambos os casos, a confiança inicial do sujeito em relação à sua identidade se mostra alienante a medida que demonstra uma sujeição inicial do eu ao outro. Se em um primeiro momento esse discurso parece não se adequar à identidade do sujeito constitucional, em um segundo momento observa-se a sua semelhança, já que o Constituinte tem que usar um discurso constitucional a fim de fazer do texto constitucional localizado em seu contexto próprio um lugar que une e

vincula o multifacetado eu constitucional com a multiplicidade de outros. Entretanto, como esse texto constitucional é aberto a finalidades outras e sujeito à alterações ao longo do tempo, a identidade constitucional passa a ser reconstruída continuamente e o sujeito dessa identidade passa a recorrer, permanentemente, a esse texto.

Não há um único sujeito constitucional- cada um é uma parte da identidade constitucional que por isso não pode ser resumida aos constituintes ou aos destinatários da norma ou ainda aos seus intérpretes. A identidade do sujeito só pode ser compreendida através da intersubjetividade circunscrita pelo texto constitucional. A identidade constitucional só pode ser concebida por esse sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que parecem projetados em um passado e em um futuro incertos.

A relação estabelecida entre a identidade constitucional e outras identidades existentes em uma sociedade (nacional, a étnica, a cultural, a religiosa) é apresentada dentro da lógica de coordenação, no sentido de que aquela deve incorporar essas, num constante processo de assimilação e rejeição, ainda que parcialmente, a fim de tornar-se viável dentro do seu ambiente sócio- político. Assim, a identidade constitucional apresenta-se como aberta, complexa, parcial e incompleta, permanentemente reconstruída, já que a própria Constituição é um texto vivo que deve ser construído num processo constante e dinâmico.

A Constituição, assim, apresenta-se de forma viva, cujo sentido é reconstruído, de forma permanente, por todos os intérpretes da Constituição. A reconstrução oferece a possibilidade de recombinação dos novos elementos que são introduzidos na identidade constitucional pela interpretação da Constituição, seja por que não existiam antes, seja porque conseguiram romper com os elementos anteriores.

Essa teoria, esboçada por Rosenfeld, parece ser adequada ao paradigma constitucional- o Estado Democrático de Direito- a exigir formas jurídicas capazes de operarem em uma sociedade marcadamente complexa, caracterizada pela descentralização e pela existência de uma pluralidade de formas de vida, e pela existência de um dissenso contencioso. Tal modelo paradigmático clama pela

efetivação da cidadania, que não se reduz a participação do indivíduo em procedimentos eleitorais válidos- conceito de cidadania propício às concepções do Estado Liberal- , nem está a espera de condições materializantes que seriam ofertadas por um Estado que não cumpriu as suas promessas- o Estado de bem estar social. No paradigma do Estado Democrático de Direito, os indivíduos já estão emancipados e podem manifestar as suas diferentes percepções em uma porosa esfera pública.

Ao final dessa pesquisa, pode-se observar a coerência desta teoria com uma dimensão dialógica do princípio da separação de poderes.

Uma das conclusões apresentas nessa pesquisa, é que por esse modelo dialógico não há um único intérprete da Constituição; são as permanentes interações entre os poderes ,seja pela via das virtudes ativas ou passivas, e pela interação com a esfera pública é que a compreensão da Constituição vai se moldando; essa assertiva, por outro lado, não pode ser vista dentro da dimensão da busca de um unitarismo de sentido para o texto constitucional;; o permanente dissenso conteudístico presente na sociedade não permite o fechamento monolítico do sentido, o qual deve sempre ser aberto para novas possibilidades. A aproximação do conceito de rodada procedimental permite a alimentação do sistema de forma permanente. Assim, novas interações no âmbito da esfera pública, mediadas pelos processos constitucionais que compõem esse quadro de uma política contínua, permitem a renovação constante da compreensão do “que é a Constituição”.

Não há, nesse contexto, a necessidade de se justificar a legitimidade de uma Corte ou um Tribunal que, como um oráculo, detenha, unicamente, a capacidade de interpretar a Constituição; não há um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser mais ativista ou agir de forma a se restringir. Portanto, todos os poderes, inclusive os Tribunais, calibram o seu espaço de atuação quando observam qual será a resposta potencial dos outros poderes e da própria sociedade às suas decisões.

Desse modo, o fluxo de tensionamentos recíprocos entre os poderes, entre a esfera pública e entre ambos permitiria a formação de uma Constituição que, como

um espelho, projeta uma identidade constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito, pois capaz de reconhecer a diversidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas.

Por fim, observar-se-ia, assim, a Constituição Brasileira de 1988 como um espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo democrático tensiona a ciência clássica do Direito Constitucional, exigindo a revisitação de diversos institutos e categorias que já não respondem à complexidade da tessitura político-social. O cenário apresentado pelas relações entre as funções estatais no direito brasileiro fornece um retrato adequado dos tensionamentos gerados entre Executivo, Legislativo e Judiciário, demonstrando a necessidade da revisitação do princípio da separação de poderes.

As investigações jurídico-científicas no direito brasileiro que abordam a temática, embora tenham ampliado-se nos últimos anos, não conseguem apresentar uma proposta diferenciada para a apropriação adequada do princípio, pois acabam por indicar sugestões que não passam de combinatórias de três variáveis já existentes nas teorias que interpretaram o princípio do século XVIII: a) divisão orgânica; b) distribuição de competências; c) sistemas de freios e contrapesos.

O exame do percurso da construção desta teoria, edificada entre os séculos XVII e XVIII, permitiu a desconstrução de alguns mitos, especialmente aquele que enxerga, no constitucionalismo antigo, os fundamentos da teoria moderna do princípio da separação de poderes. Afirmou-se que a teoria foi construída em três grandes nações (Inglaterra, França e Estados Unidos) e pelo contributo de diversos teóricos, especialmente de Locke, Montesquieu, Hamilton, Jefferson e Madison. Embora relevante, os substratos deste modelo teórico não conseguem explicitar as complexas teias da interação, ocorrida na atualidade, entre os poderes públicos.

O exame das teorias da última palavra revelou, também, a sua inadequação em face aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Tais teorias acabam reduzindo a riqueza do espaço de construção constitucional na dimensão da esfera pública institucionalizada e não institucionalizada. A miopia gerada por ambas as correntes não permite uma reflexão mais profunda das infinitas possibilidades de diálogo que podem ser travadas entre os poderes institucionais e na esfera pública.

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a política estreita-se ao se escolher apenas um ator para ser o consertador entre as funções estatais, debilitando-se o processo democrático. Além disso, corre-se um risco de incitação de uma postura cômoda entre os poderes, que poderia levar à instituição de práticas inconstitucionais, pois a fidúcia da guarda da Constituição por um corpo de “Guardiões” seria retirada das responsabilidades monoliticamente atribuída ao detentor da última palavra. A idéia de compartilhamento, de consertação entre as funções estatais seria mais adequada para compreender a complexa teia que deve ser empreendida entre as relações estatais.

Os fundamentos extraídos da análise das teorias do diálogo permitiu a proposição de uma teoria que, ao aliar as contribuições de Conrado Hubner Mendes às considerações sobre um terceiro ator- o Poder Executivo- e a interlocução com a esfera pública, apontam para um caminho que permite compreender, de forma mais adequada, as interações entre os poderes instituídos e uma porosa esfera pública.

Por essa abordagem, não há um determinismo que busque dizer, estaticamente, quando uma das funções deve ser mais ativista ou agir de forma a se restringir: é a tematização do contexto aliada ao design constitucional que levará a interpretação de quem, no caso específico, detém a última palavra provisória. Tal proposta não pode parecer, em uma análise superficial, a construção de uma anarquia orgânico-funcional do Estado. Não afirmou-se, nesta pesquisa, que, a partir de então, todos os poderes podem exercer quaisquer competências e ocupar, simultaneamente, qualquer um dos órgãos públicos. A proposta não joga Montesquieu às favas; apenas muda o enfoque, apresentando elementos capazes de responder, de forma mais adequada, às tensões institucionais entre os poderes, especialmente considerando-se a realidade brasileira. Dessa forma, ilumina-se as interações, que ocorrem cotidianamente, mas que nem sempre são devidamente consideradas por aqueles que, por dever ou escolha, dedicam-se a analisar o princípio da separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo.

Nesse modelo dialógico, também não há um único intérprete da Constituição; são as permanentes interações entre os poderes ,seja pela via das virtudes ativas ou passivas, e pela interação com a esfera pública é que a compreensão da Constituição vai se moldando. A aproximação da teoria proposta com o conceito de rodada procedimental, apresentado por Conrado Hubner Mendes, permite a alimentação do sistema de forma permanente. Assim, novas interações no âmbito da esfera pública, mediadas pelos processos constitucionais que compõem esse quadro de uma política contínua, permitem a renovação constante da compreensão do “que é a Constituição”.

Desse modo, o fluxo de tensionamentos recíprocos entre os poderes, entre a esfera pública e entre ambos permitiria a formação de uma Constituição que, como um espelho, projeta uma identidade constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito, pois capaz de reconhecer a diversidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas. A Constituição Brasileira de 1988 é vista, assim, como um espelho que projeta múltiplas imagens extraídas de uma complexa teia de interações entre os atores destacados, responsável por formar, permanentemente, a identidade constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS:

ACKERMANN, Bruce. A nova separação de poderes. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2013.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988- A Constituição foi capaz de limitar o poder? in MORAES, Alexandre. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial, São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. 1. 252 p

ARCAYA, Oscar Godoy. Antologia política de Montesquieu. *Revista Estudios Públicos*, 1996.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ATTIE JÚNIOR, Alfredo. Montesquieu, ledor de Hobbes. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 96, p. 557, 2001.

BAKER, Dennis; KNOPFF, Rainer. Minory Report: A parliamentary Power to Resolve Judicial Disagreement in Closet Cases. *Windsor Y. B. Access Just*, v. 21, 2002.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira, LIMA, Eduardo Martins. *Medidas provisórias no Brasil*. Origem, evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARRON, Jerome. The Ambiguity of Judicial Review: A Response to Professor Bickel, *Duke Law Journal*, 591-604, 1970.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica da OAB*, nº 4, janeiro/fevereiro de 2009, p. 1-29.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

BECKETT, CANDACE H. Separation of Powers and Federalism: Their Impact on Individual Liberty and the Functioning of Our Government, 29, Wm. & Mary L. Rev. 635 (1988).

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991. passim.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. A separação de poderes na revolução americana à Constituição dos Estados Unidos: O debate entre os Projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton. 96 pgs. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. São Paulo: Atlas, 2011

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UNB, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: UNB, 1998.

BODIN, Jean. Os seis livros da República. Terceiro Livro. Trad. José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2012.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Revista Estudos avançados*. São Paulo, 14, p. 153-176, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2012.

BRAND, James. Montesquieu and the separation of powers. *Oregon Law Review*, n. 3, vl. XII, 1993.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lume Juris, 2012.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vide agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 257163. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 30 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3466802>>. Acesso em 14-01-2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas da Audiência Pública n. 04. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 01 de julho de 2012.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília, Senado Federal, 1978.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*, vl. 1, n.º, Belo Horizonte, jan./1999, p. 473-486

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin*. In: Caderno da Escola do Legislativo, vl. 3, Belo Horizonte, jan./jul. de 1997, p. 27-71

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108., dez. 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, GOMES, David Francisco Lopes. Novas Contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o Problema da Fundação Moderna. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade de Direito*, n. 53, p.235-269, jul-dez de 2008.

CHACON, Eduarda. Bicentenário da Constituição de Cádiz, a primeira carta magna brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 80, p. 418, jul. 2012

CHAGAS, Francisco Aluzie Barbosa. A definição da politéia mista e a aplicação do princípio da justa medida ao problema da organização política em Aristóteles. *Pensar-Revista Eletrônica da FAJE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2012

CHRISTOFOLETTI, Lilian. Líderes sabiam de inclusão de dois artigos na Constituição, diz Jobim. *Folha online*, São Paulo. 07 de outubro de 2003. Disponível em : <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0710200311.htm>> . Acesso em 10 de outubro de 2012.

COENEN, Dan t. A Constitution of collaboration: Protecting Fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. *William and Mary Law Review*, v. 45, 2001.

COSTA, Sérgio, *Contextos da construção do espaço público no Brasil*, São Paulo, *Novos Estudos CEBRAP*, nº. 47, 1997.

COSTA, Sérgio *Esfera pública e as mediações entre cultura e política*, *Travessias*, Rio de Janeiro, nº. 1, pp. 57-71, setembro, 2000.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: *Journal of Public Law*. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957

DIAS, Maria Tereza Fonseca, GUSTIN, Miracy B. S. (RE) Pensando a pesquisa jurídica. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference. Public Law and Legal Theory Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> and The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Nov., 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAORO, Raymundo. Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes. In: FAORO, Raymundo et al. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre o golpe de 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.24, n.47, p.29-60, 2004

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, v.65, 1992.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 91, 1993.

FRIEDMAN, Barry. Trumping rights. *Georgia Law Review*, vl. 27, 1993 e The Politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2.

FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, 101, 2003.

GALUPPO, Marcelo. Igualdade e diferença. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo. A Constituição pode fundar uma República? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOUGH, J. W. Introdução ao Segundo Tratado sobre o Governo Civil. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROHMANN, Luis Gustavo. A separação de poderes em países presidencialistas. A América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 17, novembro, p.75-106, 2001.

GRONDONA, Mariano. *Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick*. São Paulo: Mandarim, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HAMILTON, JAY, MADISON. *Os federalistas*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HIEBERT, Janet. *Charter conflicts: What is Parliament's role?* Québec: *McGill-Queens University Press*, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou, Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOGG, Peter; BUSHELL, Alison; WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited-Or Much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, 2007.

HORTA, Raul Machado. Medida provisórias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 107, jul/set de 1990.

JOBIM, Nelson. A Constituinte vista por dentro: vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (Eds.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Bellaterra, 2008. p. 37-62.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. In: *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 401-427.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do Constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo,, ano 7, n.º 28, jul./set. 1999, p. 109-127.

KATYAL, Nihar Kumar. Justices as Advicegivers. *Stanford Law Review*, v.50, 1997.

KNOFF, Rainer. Courts Don't Make Good Compromises. *Policy Options*. April, 1999.

KNOPFF, Rainer. Charter Reconsiderations. *National Magazine*, 2012.

KOSSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.

KROTOSZYNSKI, Ronald J. Constitutional Flares: On judges, legislatures and dialogue. *Minn Law Review*, v. 1, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Clube do Livro Liberal. Petrópolis: Vozes.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1999.

LOEWESTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel, 1970

LOSSO, Tiago. Sobre o elemento monárquico na idéia de Constituição Mista. In: VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2012, Gramado. Anais do VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2012.

LUNA, Erik. Constitutional Roadmaps. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v.90, 2000.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Os órfãos de Montesquieu: o constitucionalismo esquecido dos monarquianos franceses (1789). *Revista Estudos Políticos*, Rio de Janeiro, n. 2, 81-102, 2011.

MACFARLANE, Emmett. Dialogue or compliance? Measuring legislatures' policy responses to court rulings. *International Political Science Review* 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Reflexões sobre democracia e Poder Constituinte. *Jornal Jurid Digital*, v. 4, p. 1-10, 2008.

MANFREDI, Christopher, KELLY, James. Six Degrees of Dialogue. A Response to Hogg and Bushell. *Osgood Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. *Revista Direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, vl. 4, 2008.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina de separação de poderes: Montesquieu Republicano e a exegese da Constituição da Inglaterra. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI-FORTALEZA Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais*. Fortaleza, 2010.

MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo: , n. 58, p. 183-202, Nov. 2000.

MATHEN, Carrissima. Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on Charter Dialogue Revisited. In: *Osgoode Hall L. J.*, vl. 45, n. 1, 2007.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHELMAN, Frank I. *Brenann and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

MORTON, F. L. Dialogue or monologue? *Policy Options*. April, 1999.

MULLER, Friedrich. Quem é o povo? São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Christian Lindberg L. Locke e a educação do magistrado. *Revista de Filosofia*, Amargosa, Bahia, v. 4, n. 2, dez, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A esfera pública e a Constituição. In: BACHUR, João Paulo, DUTRA, Roberto. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p.105-247.

NOURSE, Virginia. Toward a "Due Foundation" for the Separation of Powers: *The Federalist Papers* as Political Narrative. *Texas Law Review*, vl. 74, 1996.

OLIVEIRA, Pedro Henrique Gonçalves de. *Entre Eclusas e Espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Nickas Luhmann e de debates contemporâneo*. 2012, 308 p, Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ORTIS, Renato. *Cultura Brasileira e Identidade Nacional*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

PAINE, Thomas. *Senso Comum*. Porto Alegre: L@PM, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PELICIOLI, Angêla Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, 21-31, jan/mar 2006.

PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In *U.N.B.L.J.* Vol. 52, 2003, p. 196.

PENNA, Camila. Uma análise da influência de Locke, Montesquieu e Rosseau no pensamento federalista estadudinense. *Pensamento Plural*. Pelotas, ano 8, n. 04, 65-83 jan/jul. 2011.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989

PRADEAU, Jean-François. *Historia da Filosofia*. Petropolis: Vozes, 2011. p.249.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996.

RAPNAPALA, Suri. John Locke's Doctrine of the separation of powers: A Re-evaluation-The Medieval Separation of Powers. *The American Journal of Jurisprudence*, 1993.

REGO, Antônio Carlos Pojo. Equilíbrio e Contradição: a Constituição Mista na obra de Políbio. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, ano 18, n. 71, jul-set 1981.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Os paradigmas constitucionais: o princípio da igualdade e o direito à educação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n.º 148, p. 2521-257, out./dez. 2000.

ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. *Irwin Law*, 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização, 1991.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme. Paralisia da decisão e comportamento legislativo: a experiência brasileira 1959-1966. *Revista de Administração de Empresas*, v. 13, n. 2, abr/jun., 1973.

SANTOS, Wanderley Guilherme. O sistema oligárquico representativo na primeira república. *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vl. 56, n.01, 2013, p.20-21.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira. *Revista de Direito Público*, n.30, p.7-41, nov/dez 2009.

SCHILLING, Voltaire. *América: a história e as contradições do império*. Porto Alegre: L&PM, 2004

SILVA, Virgílio Afonso da. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública", *Revista de Direito Administrativo*, 250, 2009, p. 197-227.

SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA JUNIOR, Antônio Umberto. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas*. O dilema brasileiro entre o ativismo e a autocoerção no exame judicial das questões políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STEWART, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on separation of powers and rule of Law. *Macquarie Law Journal*, vl. 4, 2004.

STRECK, Lenio Luis. A revolução copernicana do (neo) constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Disponível em: www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividadeslenioluizstreck.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2009.

SUSTEIN, Cass R. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court: Cambridge, Mass. London: Harvard University Press, 1999.

SUSTEIN, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Deliberation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty, *Michigan Law Review*, Vl. 94, 1995.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American doctrine of constitutional Law. Boston: Little Brown and Company, 1893.

VIANNA LOPES, Júlio Aurélio. A Carta da democracia: o processo constituinte na ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008. p. 171-196.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de janeiro de 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>.

VIEIRA, Liszt (Org.). *Identidade e globalização*. São Paulo: Record, 2009.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreements*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Villela. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, v.433-468, 2012.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. VI. 1. São Paulo: Ática, 2006.