FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

O PODER JUDICIÁRIO: DA TEORIA CLÁSSICA À CRISE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Roberto Ney Fonseca de Almeida

Fortaleza - CE
Março, 2008

ROBERTO NEY FONSECA DE ALMEIDA

O PODER JUDICIÁRIO: DA TEORIA CLÁSSICA À CRISE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof.º Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.

A447p Almeida, Roberto Ney Fonseca de.
O poder judiciário : da teoria clássica à crise da constituição dirigente / Roberto Ney Fonseca de Almeida. - 2008.
191 f.

Cópia de computador.
Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.
"Orientação : Prof. Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque."

1. Poder judiciário. 2. Constituição. 3. Teoria do Estado. I. Título.

CDU 342.56

ROBERTO NEY FONSECA DE ALMEIDA

O PODER JUDICIÁRIO: DA TEORIA CLÁSSICA À CRISE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof.º Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque
UNIFOR

_____

Prof.º Dr.José de Albuquerque Rocha
UNIFOR

_____

Prof.º Dr.Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

UFC

Dissertação aprovada em:__/__/____

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sua infinita bondade e a Jesus, maior Defensor Público da humanidade.

À amada Gláucia, esposa e melhor amiga, pelas horas furtadas de seu convívio e aos rebentos Lucas e Lorena, maiores regalos que Deus me deu, através de Gláucia.

Aos meus pais, Amadeu e Nirce (*in memorian*), por acreditarem que aquele menino rebelde e inquieto poderia fazer algo pelo combate à pobreza.

Aos meus irmãos Rodrigo, Joãozinho e Ronaldinho e a irmã Regina, maior 'vítima' das minhas arengas.

Aos meus tios Asthon e Dalva, "segundos pais" de minha educação, e aos primos-irmãos Ana Cristina, Asthon Filho, Andréia e Armando.

Às professoras e aos professores do Mestrado em Direito Constitucional da UNIFOR, sobretudo ao Professor Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque que, por meio de palavras singelas, soube transmitir o essencial.

Aos dirigentes-mores da Defensoria Pública Geral e da Associação dos Defensores Públicos do Ceará, do passado, do presente e do porvir.

Aos Policiais Militares, Bombeiros Militares e Defensores Públicos, que cumprem os seus misteres, silenciosamente, na demonstração viva do espírito da *res publica.*

A Lincoln Soares, Leandro Bessa, Carlos Augusto M. de Andrade, Francilene Gomes, Renan Cajazeiras e Mariana Lobo Botelho, amigos e amigas certos, posto que das horas incertas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar as linhas gerais da evolução histórica da Constituição frente aos poderes do Estado, tal como configurada na práxis jurídica e, de modo especial, na atividade do Judiciário. A Teoria Geral do Estado do século XIX, herdeira da concepção clássica de separação de poderes de Montesquieu, não possibilitava mais uma visão consistente, pela qual o Judiciário pudesse efetivamente controlar os demais poderes. Com o declínio do Estado liberal de Direito e o surgimento do Estado prestacional - intitulado Estado Social de Direito – foi aberto o caminho para uma teoria material da Constituição, elaborando-se mecanismos para vincular o Legislativo segundo os fins constitucionais, reforçando-se assim os poderes judiciais de controle da constitucionalidade. Este modelo foi também adotado pelas constituições brasileiras do século XX, de modo especial pela Constituição de 1988, caracterizada como constituição-garantia e constituição-programa. Analisa-se, por fim, a crise do modelo de constituição dirigente pelo ângulo das reformas pelas quais tem passado o Judiciário.

ABSTRACT

The present study it has for objective to demonstrate the general lines of the historical evolution of the Constitution and the State, such as configured in the practical legal, and in special way in the activity of the Judiciary one. The General Theory of the State of century XIX, heiress of the classic conception of separation of powers of Montesquieu, did not make possible, still, a consistent constitutional theory, for that the Judiciary one could not, the severity, to control none of the too much powers. With the decline of the liberal State of Right and the sprouting of the prestacional State - intitled Social of Right - it was made possible construction of a material theory of the Constitution, being elaborated mechanisms to tie Legislative ends the according to constitutional, as well as the reinforcement of powers judicial in the control of the constitutionality of the rules of law. This model also was adopted by the Brazilian constitutions of century XX, special way for the Constitution of 1988, characterized as constitution-guarantee and at the same time, a constitution-program. It is in this platform that if it aims at to demonstrate as the crisis of the controller will have legal repercussion in the reforms of the Judiciary one.

Keywords: Theory of the Constitution. Social state. Power judiciary. Normative control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1.1 A crítica ao sujeito jurídico abstrato na teoria jurídica contemporânea 12

1.2 As funções jurídico-políticas do estado na teoria ‘clássica’ 22

1.3 O sistema common law e a função judiciária 33

1.4 Análise crítica da teoria “clássica” da constituição 42

2 REALIDADE CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO 49

2.1 A contribuição das teorias de Lassalle e Schmitt 51

2.2 O legado da teoria normativa da constituição de Kelsen 54

2.3 A realidade sociológica da constituição 58

3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ESTADO INTERVENTOR: A CRISE 67

3.1 Estado interventor- origens 67

3.2 As normas programáticas e a teoria da constituição dirigente 78

3.3 A crise da constituição dirigente 92

4 A GESTÃO DA CRISE: O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS EXPERIÊNCIAS DE REFORMA 115

4.1 Reformas do judiciário e expectativas de democratização 115

4.2 Autonomias financeira, funcional e administrativa dos órgãos essenciais à justiça: o caso da defensoria pública 120

4.3 A súmula vinculante 147

4.4 O controle ‘externo’ da justiça 159

CONCLUSÃO 173
REFERÊNCIAS 178

INTRODUÇÃO

Historicamente, o Judiciário tem se revelado, dentre os poderes estatais, o que menos evoluiu na direção da democratização de suas instituições e de seus agentes políticos. As raízes dessa limitação institucional remetem ao tempo em que ainda não era considerado um poder autônomo, momento histórico do absolutismo monárquico, quando se estavam consolidando os Estados nacionais no velho continente. Mesmo quando foi vitoriosa, no século XIX, a idéia da soberania nacional, o Judiciário só lentamente passou a não mais tratar os cidadãos como abstratos sujeitos de direito.

Foi a época da supremacia dos Códigos[1] e da deficiente normatividade da Constituição, a dificultar a construção de uma verdadeira teoria constitucional, limitando-se o exegeticismo a reproduzir construções doutrinárias em torno da separação de poderes. Por não vislumbrar, porém, uma interdependência entre as funções estatais, esse entendimento restou pouco apto a resolver os problemas a que se propunha, dentre os quais explicar a 'pulverização' do poder estatal e de garantias aos direitos fundamentais individuais. Um dos motivos pelos quais essa concepção de salvaguarda de direitos civis e liberdades públicas não logrou êxito foi o fato de que o Judiciário era visto como um poder "nulo"; que, portanto, não poderia fiscalizar os atos do Poder Legislativo nem os atos de Governo - situação que contribuiu para o distanciamento da realidade social, problema por sua vez agravado pela visão aristocrática dos magistrados, que continuavam a manter os costumes da nobreza e privilegiar as elites tradicionais.

Ascendendo ao poder, a burguesia conquistou a supremacia do Parlamento, onde era maioria por força do voto censitário, afastando o Judiciário do controle de constitucionalidade de

---

[1] Cordeiro (2002, p. LXXXV) o papel da codificação para inserir a idéia de sistema na base do discurso jurídico-científico. Neste sentido a afirma que "[...] corresponde a uma estruturação juscientífica de certas fontes

leis e de atos normativos infralegais, deixando-o apenas para a resolução dos litígios *inter privatus*, como responsável pelo controle normativo válido para as classes sociais menos privilegiadas. Com a ampliação da participação popular e a evolução do conceito de soberania, no entanto, deu-se o momento de proteção qualificada dos direitos de liberdade e igualdade, tal como refletiram obras como *O Federalista*. Esta nova inspiração baseou-se na teoria do poder constituinte, que conferiu normatividade à Constituição e destinou ao Judiciário poderes para controlar atos do Legislativo e do Executivo.

A primeira parte deste estudo visa estudar as limitações atinentes ao modo como a teoria de Montesquieu foi aplicada, sem conter propriamente uma teoria da constituição, mas sim um aglomerado de conceitos assistemáticos. A partir daí, desenvolve-se a perspectiva de demonstrar que a Constituição evoluiu, passando de mera *ratio legis* para *legis*, adquirindo supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico e elevando o Judiciário ao *status* de efetivo poder estatal. Este processo não se deu sem um "preço a pagar", porém: o risco de excesso de poder judicial, ilustrado no episódio norte-americano do "governo da judicatura" e da politização do direito que, em seu extremo, quase inviabilizará as políticas públicas na era do *Welfare State*.

Na segunda parte do trabalho estuda-se o processo de amadurecimento das instituições estatais e o ganho paulatino de normatividade da Constituição propriamente dito, quando se estabelece a necessidade de elaborar uma teoria da constituição. A partir da Constituição Mexicana de 1917 e da de Weimar de 1919, afirma-se a idéia de construir uma teoria material da Constituição, em substituição à idéia oitocentista de Teoria Geral do Estado - onde se notabilizaram Lassalle, Schmitt e Hans Kelsen. Autores como Heller e, posteriormente, Hesse preocuparam-se em construir uma teoria da Constituição mais próxima da realidade social, sem perda significativa de normatividade.

A terceira parte do trabalho ocupa-se da teoria da Constituição dirigente e dos motivos de sua crise, em função dos limites do próprio Estado social. Esta forma de normatividade constitucional abriga um verdadeiro programa de ação estatal, que inclui a idéia de que o Legislador se vincula pelos fins constitucionais. Em Estados periféricos como o Brasil, a crise da constituição dirigente teve, ainda, outros matizes, unindo-se o neoliberalismo a práticas

---

[...]. A codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático; joga-se nela, uma consciência mais ou menos assumida do relevo da linguagem", o que requer uma certa evolução da Ciência do Direito.

tradicionais para tentar descredenciar a força normativa da Constituição de 1988, em uma forma de concretização “desconstitucionalizante”.

Por outro lado, a falta de um eficaz controle normativo do Judiciário levou à elaboração de uma Emenda Constitucional que previsse uma reforma substancial do Judiciário, materializada através da EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Esta Emenda à Constituição visou conferir não só um acesso menos lento à prestação jurisdicional, mas também um acréscimo qualitativo nesta prestação, através da criação, dentre outros institutos, de súmulas de efeito vinculante, dos Conselhos Nacionais (do Judiciário e do Ministério Público), além de conferir autonomia para as Defensorias Públicas estaduais. Neste contexto é que se examinam, as expectativas de democratização trazidas pela emenda, avaliando-se o primeiro triênio da reforma do Judiciário, para demonstrar que, ainda que sem a velocidade esperada, a democratização vem se instalando no Judiciário, através de controles legais, tais como os exercidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Outro avanço consistiu no fortalecimento das Defensorias Públicas do Brasil, que com a autonomia passaram a reforçar a ação dos agentes políticos, levando a justiça estatal a pontos cada vez mais longínquos dos centros urbanos, democratizando paulatinamente o acesso à justiça.

1 O JUDICIÁRIO E A SUPERAÇÃO DA TEORIA "CLÁSSICA" DA CONSTITUIÇÃO

Durante todo o século XIX o Judiciário foi, com exceção do sistema *civil law* americano, um poder quase "nulo", de acordo com o célebre dito de Montesquieu. Limitado esse "poder" pela supremacia do Legislativo, de um lado, e de um Executivo em ascensão, de outro, não havia uma reciprocidade efetiva de controle político-jurídico das funções estatais. É neste ambiente que se configurará a chamada teoria 'clássica' da constituição, a qual, ainda tateando na institucionalização das relações entre poder constituinte e poderes constituídos – e desse modo, ainda por elaborar a própria idéia de supremacia normativa da Constituição - exigirá tempo para firmar-se como doutrina científica.

1.1 A crítica ao sujeito jurídico abstrato na teoria jurídica contemporânea

Ao "fracionar" a atividade estatal, Montesquieu quis dividir o poder que se encontrava ainda concentrado no rei. A limitação do Estado, provocada por esta concepção, gerava uma oposição, correspondente à dicotomia sociedade-Estado, com reflexos nas fontes do direito.[1] Enquanto ao Legislativo competiria a função de produção normativa, deixava-se ao juiz a mera atividade de subsunção. Esse sistema axiomático-dedutivo[2], que ganhará corpo na interpretação judicial, sobretudo na Europa continental, tenderá a valorizar mais o argumento de autoridade do

[1]"A dicotomia Estado/sociedade também repercute sobre a concepção das fontes do direito, atribuindo ao Estado (e, particularmente ao Legislativo) o monopólio da produção legislativa. Nesta lógica, ao juiz cabe a função de 'boca da lei'." (CAMPILONGO, 2002, p.33).

[2] Para Canaris (2002, p.101) os axiomas "exigem uma vigência sem excepções e admitir, na formação do axioma, todas as excepções que surgissem seria uma axiomatização aparente. [...] os axiomas devem poder ser formulados de acordo com o esquema 'sempre que... então... '." No entanto, a formação de um sistema teleológico não se opõe, de modo algum, à possibilidade de contradições de princípios: "[...] partindo de axiomas todos os 'teoremas' se devem deixar deduzir, com a utilização exclusiva das leis da lógica formal e sem intromissão de novos pontos de vista materiais [...]". (CANARIS, 2002, p.102), o que não ocorre com os princípios.

legislador em relação ao argumento da autoridade da razão[3], o que levou a uma jurisprudência leal à *opinio doctorum*, isolando os não-participantes do processo decisório estatal. Essa carência de racionalidade na concretização do direito só pôde sobreviver com base na divisão de poderes de Montesquieu , onde o legislador era soberano na produção normativa, e o magistrado mero "aplicador".

Essa forma de mediação jurídica dos conflitos sociais será aperfeiçoada por um aparato jurídico conceitual que se manifesta em uma excessiva abstração em relação a indivíduos concretos, integrando-os formalmente na figura normativa do 'sujeito de direito', que despreza sua historicidade. [4] Abstraindo as pessoas concretas que compõem a sociedade civil, possibilita-se às normas jurídicas organizar relações iguais entre sujeitos de direito, no sentido estritamente formal, processo que sintetiza , segundo Faria (1989, p.101) a "[..] autonomia (formal) da vontade e a liberdade(formal) de disposição contratual, condições básicas para a satisfação das necessidades por meio do mercado, também tornam previsíveis e controláveis os atos de autoridade [...]". Ou ainda:

> A submissão dos 'sujeitos de direito' à vontade da lei precisa estar solidamente fundada na crença de que existem imperativos específicos a que todos os 'bons cidadãos' devem obedecer. Havendo alguma dúvida sobre esses imperativos, e existindo interpretações ambíguas ou discrepantes quando ao seu sentido, os pilares básicos do sistema legal se desmoronam, na medida em que todos podem perder a confiança na legitimidade/autoridade do legislador e na 'neutralidade'/'imparcialidade' dos intérpretes judiciais. (FARIA, 1989, p.26)

Vê-se aí presente o influxo do pensamento lógico de Immanuel Kant acerca do sujeito moral, segundo o qual o homem é uma personalidade moral livre, e tem capacidade de discernir entre o bem e o mal. [5] Também será a opinião de Hegel[6], para quem a irracionalidade é imanente à natureza da lei e portanto seria incoerente e inócuo exigir que o legislador lograsse êxito em

---

[3] "No limite, pois, a experiência jurídica tornada possível pela dogmática é reduzida à dimensão estrita da norma legal e à pretensa racionalidade formal de um legislador so*i-disant* coerente e tecnicamente 'competente – o que obriga o intérprete, na aplicação das regras abstratas aos casos concretos, a valorizar o *argumentum ab autoritate* em detrimento do *argumentum ex ratione*, ao mesmo tempo em que forja uma jurisprudência fiel à *opinio docturum.*" (FARIA, 1989, p.10)

[4]São pilares do sistema clássico de realização do Direito "a compartimentação do processo interpretativo-aplicativo e o método da subsunção [...] o qual tem como base a divisão de poderes e o estilo savignyano da formação dos conceitos, na degenerescência subseqüente conhecida por elaboração conceitual do Direito" (CORDEIRO, 2002, p.CI), já que se parte da premissa de que o juiz só deve aplicar a norma, pois ela já foi interpretada, quando criada pelo Legislativo. O método subsuntivo era fruto "[...] da particular técnica de elaboração da premissa menor do silogismo Judiciário, assente na recondução automática de certos factos a determinados conceitos jurídicos." (CORDEIRO, 2002, p.CII).

[5] Para Faria (1989, p.102) "[...] a noção kantiana de que o homem é uma personalidade moral livre, capaz de distinguir entre o bem e o mal, também afirma sua imagem como um 'sujeito abstrato' e atomizado."

[6] Vide Hegel (2000, p.307 ss.)

regular, em todas as suas faces, as condutas futuras do ser humano. Para Hegel, na lei há mais razão do que se imagina no ponto de vista subjetivo, daquele que se elege juiz da lei, de sorte que a validade do direito não pode depender do fato de que alguém pense de uma ou outra forma. Só uma sociedade que observe as condições e igualdade pode generalizar o sentimento de que, a despeito de um'eu', também existe um 'nós, fundamental, que permitem um consenso dúctil. A ausência do "nós" impedia a comunicação e a deliberação, tendendo a sociedade de outrora, a ser, de modo artificial, uma mera agregação de "eus". Percebendo o equívoco, Hegel combate, desde logo, os excessos da idéia da revolução francesa em forçar a atomização da sociedade:

> [...] entendida [a comunidade popular] como totalidade viva e histórica, cujo sujeito não é mais o indivíduo ou uma soma de indivíduos, mas uma coletividade, um todo orgânico, destacava-se um novo momento da vida prática, que exige novos instrumentos conceituais. Como o produto característico de uma comunidade popular são os costumes (*die Sitten*), foi a eticidade (*die Sittlichkeit*) o novo conceito de que Hegel se valeu desde os primeiros anos para compreender e assinalar a nova realidade que se lhe revelava através da idealização da polis grega. (BOBBIO, 1989, p.37-38).[7]

A filosofia do século XX buscará outras formas de compreender a intersubjetividade, como na filosofia de Habermas (1997, p.9 ss.), que "expressa a compreensão de que se pode chegar ao Estado de Direito por um consenso procedimental", o qual, se respeitado, pode atribuir qualquer resultado às decisões políticas. A teoria habermasiana da constituição democrático-delibetativa da constituição requer que cidadãos se predisponham a aceitar limitações que a justificação pública implica, e seu engajamento nos diálogos serve, não apenas para conquistar adesões, mas também para buscar razões justificadoras. É que para Habermas, a democracia deliberativa é "[...] uma teoria do discurso do direito e da democracia." (SOUZA NETO, 2006, p.136). Para Rouanet (1966, p.290):

> A verdade, para Habermas, é uma expectativa de validade que se revela fundada no curso de um processo de argumentação discursiva. Uma afirmação verdadeira é aquela em torno da qual se produz um consenso razoável, no contexto do discurso teórico, e uma recomendação válida é aquela que se justifica à base de um consenso razoável no contexto de um discurso prático.

Habermas distingue duas formas de comunicação (OLIVEIRA, 1996, p.303 ss.): a ação comunicativa ordinária, onde se pressupõe a validade das conexões de sentido para trocar informações e o discurso, que é crítico, sendo seu tema a problematização das pretensões de

---

[7] Esse pensamento será, com freqüência, acusado de contribuir para uma idéia de "una concepción vital suprapersonal que encima de la actividad e impulsos personales, utiliza a los indivíduos como ciegos instrumentos suyos que sólo tienen valor en cuanto órganos de ejecución de esa superior conexión." (HELLER, 1992, p.111-112), que desaguará em experiências totalitárias no século XX.

validade, sem troca de informações. Para Oliveira (1996, p.304), "O discurso tenta reconstruir, por meio de justificação, um acordo problematizado, que existiu na ação comunicativa ordinária e conduz à compreensão legitimada". A reflexão discursiva - e isto é inovador em Habermas - "não se limita a problematizar proposições sobre fatos, mas é considerada igualmente apta para justificar ou falsear proposições sobre normas e valores." (OLIVEIRA, 1996, p.304). Neste sentido, o consenso habermasiano refere-se às opiniões, mas também às expectativas de comportamento válidas intersubjetivamente (normas), e seu fim é fundamentar pretensões de validade de opiniões e normas, atingindo um verdadeiro consenso. [8]

O conceito de razão comunicativa[9] é o ponto de partida para formular essa ética do discurso. Segundo Souza Neto (2006, p.136), esta "é elaborada como uma alternativa à razão centrada no sujeito, que caracteriza a autocompreensão solipsista da filosofia moderna". A visão solipsista combatida por Habermas, plasmada de razão centrada no "solitário sujeito", é tida como insubsistente, já que quem passa a desfrutar de autoridade não é a razão, mas o sujeito. Na sua visão pragmática universal[10], que prioriza a intersubjetividade, Habermas, desloca a razão, do sujeito para o processo de comunicação, de modo que a razão passa fazer a função do "outro da razão", capaz de uma autoreflexão crítica e assim atingir um consenso. Eis aí a interação intersubjetiva que considera o outro como pessoa e não como objeto, comportando tanto consenso como dissenso, sendo eventual a ocorrência do consenso, em face de fragmentação do mundo da vida[11].

Na atual sociedade, o mundo da vida "não é maneira alguma um fundo de consenso social, que teria apenas que ser transformado em comunicações suscetíveis de consentimento" (LUHMANN, 2000, p.54 apud NEVES, 2006, p.128), ou seja, ele aparece mais como reprodução do dissenso intersubjetivo, e negar esta constatação leva a simplificações totalitárias ou

---

[8] Critica-se neste aspecto Habermas (1997), pois, diante da variedade do dissenso conteudístico nas sociedades, não há como produzir um consenso "verdadeiro", e nem distingui-lo de um consenso "falso", pois os grupos sociais, sobretudo os que dominam economicamente, valem-se de ações estratégicas para impor suas ideologias, buscando transformar seus interesses coletivos em interesse público, em contextos de aparente igualdade e liberdade.

[9] Para Habermas, "A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é médium lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.(HABERMAS,1997, p.20).

[10] Para Habermas (2001, p.299), a pragmática universal "[...] *tiene como tarea identificar y reconstruir lãs condiciones universales del entendimiento posible. Em otros contextos se habla también de 'presupuestos universales de la comunicación', pero prefiero hablar de presupuestos universales de la acción comunicativa porque considero fundamental el tipo de accioón orientada para el entendimiento*.".

[11] Vide Neves (2006, p.127)

autoritárias[12]. Na sociedade mundial da atualidade, "só os princípios de uma moral do dissenso podem ter o caráter universalista e includente no sentido do acesso de toda e qualquer pessoa, independente de seus interesses, expectativas e valores, a procedimentos discursivamente abertos." (NEVES, 2006, p.130).[13] Seguindo este raciocínio, não são ilegítimas as atitudes dos crescentes grupos de interesses, ao fazerem gestão na atividade política, buscando, na positivação de normas jurídicas, tornar públicos seus coletivos interesses, dado que a democracia pressupõe a liberdade de expressão[14].

Habermas busca o bem comum por meio do diálogo, a partir do que constrói então expressões como "patriotismo constitucional"[15]. Na democracia deliberativa habermasiana as condições procedimentais do discurso são fatores que justificam a democracia deliberativa. A partir desta premissa, Habermas reconstrói os direitos fundamentais: as idéias de liberdade, igualdade e abertura são direitos materialmente fundamentais, limites à deliberação.[16] Habermas

---

[12] Para Neves (2006, p.136) "Impõe-se, então, que as práticas e organizações orientadas à destruição da própria esfera pública pluralista sofram restrições jurídico-políticas, precisamente porque negam o dissenso estrutural do mundo da vida e da complexidade da sociedade, apontando para tendências simplificadoras, sejam autoritárias ou totalitárias."

[13] Entende Neves (2006, p.146-147): "[...] a Constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como 'fundamento do consenso', mas sim como 'um fundamento consentido do dissenso'." Já para Campilongo (2002, p.168) "O conflito é característico da sociedade complexa. A necessidade de um mínimo de consenso – o consenso socialmente necessário – para o funcionamento do sistema jurídico é satisfeita tanto nos países economicamente desenvolvidos quanto na periferia. Apesar das inegáveis limitações legais e estruturais ao acesso à justiça, esse consenso necessário em torno do sistema jurídico existe – ainda que isso seja verdadeiramente paradoxal – entre nós. Ressalte-se que, para Luhmann, esse 'mínimo' não é sequer real: trata-se de manter uma ficção de consenso. Como a nota das sociedades complexas é, para Luhmann, a impossibilidade do consenso substancial e valorativo, o sistema satisfaz suas necessidades de autonomia ainda que com um consenso fictício. Portanto não é num padrão diferenciado, quantitativa ou qualitativamente, de conflituosidade que se encontra o elemento distintivo dos sistemas jurídicos centrais e periféricos. Além disso, o direito, se de um lado reduz os conflitos sociais, de outro potencializa não apenas a conflituosidade social como também a conflituosidade no interior do sistema jurídico. Também não é demais lembrar que os conflitos têm uma função integrativa importante: integram contra o inimigo. Dessa perspectiva, a conflituosidade periférica é altamente integradora."

[14] Assim Campilongo (2002, p.105): "As pressões de lobbies, movimentos sociais e grupos de advocacia de interesses públicos junto ao sistema político – na terminologia de Luhmann: o público – são vistos como legítimos."

[15] Na interpretação de Cittadino (2000, p.225), patriotismo constitucional é "o caminho através do qual devemos, segundo Habermas, separar o ideal político de uma co-associação voluntária de cidadãos, que reciprocamente se reconhecem como autores e destinatários de seu próprio direito, de uma eticidade concreta assentada em valores compartilhados, especialmente nos caso em que já se pode confiar em tradições comuns e continuidades históricas."

[16] Diversamente de Rawls, para quem a razão pública se restringe à concepção política da justiça, englobando a estrutura básica da sociedade, de onde se conclui que tal concepção pode provocar a cooperação dos que adotam qualquer doutrina abrangente razoável. Para Rawls (2000, p.264), a razão pública "aplica-se igualmente à forma pela quais os cidadãos devem votar nas eleições, quando os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica estão em jogo". *A contrario sensu*, se nem questões referentes aos elementos constitucionais essenciais, que são os direitos fundamentais, nem as que tratam da justiça básica estiverem em jogo, é possível decidir em favor de uma doutrina abrangente razoável, já que não incompatíveis com as mesmas.A crítica mais contundente a Rawls refere-se ao fato de seus princípios de justiça política serem hierarquizados absolutamente; além disto, pesa em seu desfavor, o fato de que tais princípios já são previamente justificados -embora valha a

considera-os como condições necessárias para a política democrática, deixando o resultado aberto quanto ao conteúdo, que só será racional se observadas as condições procedimentais. Assim, consoante Souza Neto (2006, p.149) "o modelo procedimental de democracia deliberativa pode, por isso, ser entendido como governo das razões e não como o governo dos princípios (liberalismo) ou como governo dos valores (comunitarismo)".

Diversamente do modelo liberal, a esfera pública em Habermas se estende para além dos fóruns oficiais, elastecendo-se até as esferas públicas não estatais. [17] É nesta última que ocorrem as deliberações informais, tornando a democracia também uma forma social, com a interface dos subsistemas sociais com o mundo da vida. Este intercâmbio entre o que o autor chama de "público fraco" (esfera não estatal) e "público forte" (fóruns oficiais), adotado pela teoria do discurso, racionaliza as decisões públicas afetadas pelas expectativas normativas geradas[18]. No pós-modernismo, o mundo da vida (esfera privada e pública) se caracteriza por excessivo aumento das possibilidades de ação (aumento da complexidade social), acompanhado por significativo desacordo sobre a realização dessas possibilidades. Daí ser a sociedade, na visão de luhmann, multicêntrica, sendo qualquer observação parcial, de modo que "A distinção entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos sistemas sociais autopoiéticos, cada um com perspectiva própria do mundo e da sociedade." (NEVES, 2006, p.67). Contrariamente, Habermas considera que a sociedade nem é só sistema, nem só mundo da vida[19], porque concebida simultaneamente como ambos. (NEVES, 2006, p.68)

A função da economia e do estado, como subsistemas sociais, é reduzir esta complexidade, selecionando apenas algumas possibilidades de ação, e sobre elas impondo sanções ou premiações, forçando a adequação das condutas concretas com as opções eleitas. Tal eleição lança mão de mecanismos de abstração, onde fatos reais são convertidos em categorias finitas abstratas,

---

pena frisar, com Souza Neto (2006, p.158), que esse reparo "incide sobre o modo de justificação dos princípios e não necessariamente sobre o seu conteúdo."

[17] Sobre o assunto, vide Souza Neto (2006, p.149).

[18] Para Habermas (1997b, p.319), "A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional. Eu analisei esse processo democrático – que empresta força legitimadora ao estabelecimento do direito em meio ao pluralismo das cosmovisões e das sociedades, sob o ponto de vista da teoria do discurso. [...] apoiei-me no princípio segundo o qual podem pretender legitimidade as regulações normativas e modo de agir merecedores do assentimento de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de discursos racionais."

[19] Mundo da vida é o "horizonte em que os agentes comunicativos movimentam-se." (HABERMAS, 1982, p.182 apud NEVES, 2006, p.68), e neste sentido, tal conceito apresenta-se complementar do conceito de agir comunicativo.

cuja vantagem é evitar que todas as ações sociais tenham que se justificar a todo instante. Marx (1976, p.16-17) já tratara , a seu modo, da invasão do mundo da vida pela economia, ao afirmar:

> [o capitalismo] Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca; substituiu as numerosas liberdades, conquistadas com tanto esforço, pela única e implacável liberdade de comércio. Em lugar da exploração velada por ilusões religiosas e políticas, a burguesia colocou uma exploração aberta, cínica, direta e brutal.

Agravada a situação da classe oprimida, obrigando a família proletária, inclusive filhos em tenra idade, ao trabalho, produziu-se uma massa de insatisfeitos, que só aumentava com a "livre" concorrência, que levava à bancarrota os pequenos comerciantes. A burguesia engrossava as fileiras da classe oprimida, com pessoas versadas em estudos, capazes de conscientizar a grande massa concentrada de operários. Tudo isto apoiado pelo Estado que, na prática, teria a função de "comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa." (MARX, 1976, p.16). A este processo Habermas chamou de "colonização do mundo da vida", onde as pessoas têm que se adequar aos códigos abstratos dos subsistemas sociais, burocratizando a esfera da vida pública e monetarizando a esfera da vida privada., em uma tentativa de fazer do homem um burocrata convicto e um consumista desmesurado. Assim, as ações não se orientariam mais pelo melhor argumento, tornando-se independentes do mundo da vida.

> *Cuando se introduce la violencia(gewalt) como alternativa al mecanismo de coordinación de la acción que representa el entendimiento y el poder(macht)como producto de la acción orientada al entendimiento, se obtiene, además, la ventaja de no perder de vista las formas de ejercicio indireto de la violencia que hoy predominan. Me refiero a esta violencia patógena que inadvertidamente penetra en los poros de la práctica comunicativa cotidiana e puede desplegar en ella su latente eficacia en la medida en que el mundo de la vida queda entregado a los imperativos de subsistemas funcionales autonomizados y cosificados por las sendas de una racionalización unilateral.* (HABERMAS, 2001, p.459)

Habermas não adota uma postura determinista, pois considera que este fenômeno de heteronomização sofre forte oposição do espaço público não estatal. Para o autor, as políticas governamentais só se legitimam quando resistirem ao duro embate do mundo da vida, pela via contínua da justificação, e esta só vingará se auscultar as expectativas normativas daquele mundo[20]. Percebe-se que este espaço público nem é descritivo nem prescritivo, mas reconstrutivo, pois serve como paradigma para se criticar os espaços públicos concretos. Para esta teoria, a Constituição tem a missão de positivar o estado de direito e a jurisdição a de garanti-lo, ficando o

[20] A ênfase na deliberação não quer dizer que todos participem dos processos políticos, mas cria condições para que os que assim o desejem, possa fazê-lo, livremente. Neste sentido, Rawls (2000, p.111): "Estou supondo que tal justificação plena também seja publicamente conhecida, ou melhor, pelo menos publicamente acessível. Esta condição rigorosa (que a justificação plena seja acessível) admite a possibilidade de que alguns não queiram levar tão longe a reflexão sobre a vida política e com certeza ninguém é obrigado a fazê-lo. Mas se os cidadãos

tribunal constitucional como guardião da democracia deliberativa, devendo "proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos." (HABERMAS, 1997a, p.326). Como os direitos fundamentais são as condições necessárias ao processo democrático, as maiorias parlamentares circunstanciais não devem aboli-los.

Para Habermas, portanto, dois são os fatores para que as decisões estatais sejam legítimas, a saber, a institucionalização jurídica dos processos de deliberação e a abertura do sistema estatal a comunicação advinda do espaço público. Entende-se que nem deve prevalecer o solipsismo e nem a intersubjetividade de Habermas, posto que a racionalidade sistêmica de Luhmann ultrapassa ambas as concepções porque, embora considere o homem enquanto unidade de sistema psíquico e orgânico, não desvaloriza o ser humano em relação à sociedade, ao inseri-lo no ambiente desta. É que para se conferir imparcialidade na observação dos indivíduos, ninguém pode ser parte integrante de qualquer sistema. Neste sentido, para abordagem sistêmica de Luhmann se deve compreender o sistema jurídico como um todo portador de significado, como unidade de comunicações fático-normativas, fundadas em observações metodologicamente controladas da conduta social e da experiência. [21]

> A diferença sistema/ambiente atribui ao ambiente uma importância tão grande quanto aquela do sistema. Além disso, dizer que os homens são o ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens a seu bel prazer. Por fim, Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente. [...] Ao deslocar os indivíduos para o ambiente da sociedade, Luhmann encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere unidade a um sistema social. Essa operação é a comunicação. Operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõem este mesmo sistema. A comunicação é a operação específica do sistema social, isto é, a operação interna ao sistema social. Não existe comunicação entre o sistema e o ambiente. [...]. Tudo o que não é comunicação – por exemplo a vida orgânica ou a consciência – pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema da comunicação. Vista como operação, a comunicação não pode estar fora da sociedade. Desse modelo resulta o conceito de sociedade como um sistema fechado de comunicações conectadas que reproduzem comunicação por meio de comunicação. (CAMPILONGO, 2002, p.68-69)
>
> Nesse sentido a teoria de Luhmann relativiza a racionalidade clássica pela sistêmica, porque esta abrange as possibilidades descritivas da diferenciação[22]

---

assim o desejarem, a justificação plena está presente na cultura pública, refletida em seu sistema jurídico e nas instituições políticas, bem como nas principais tradições históricas de sua interpretação."

[21] Neste sentido, Albuquerque (2003, p.15-16) entende que a abordagem sistêmica "compreende o sistema jurídico como um conjunto significativo, unidade de comunicações fático-normativas baseadas em observações metodologicamente controladas do comportamento social e da experiência. Aqui o sistema revela-se como de existência concreta, realidade social que ostenta diretivas e normas atuantes na produção e reprodução do sistema jurídico, demarcando sua diferença em relação ao ambiente [...] e acentuando a previsibilidade das operações no âmbito do próprio sistema."

[22] Para Campilongo (2002, p.130-131), "[...] Luhmann constrói uma teoria da evolução social baseada no conceito sociológico de diferenciação. As formas de diferenciação social – nos termos sugeridos pela Teoria da

> sistemas/ambiente, mas apenas no âmbito do sistema, reduzindo a complexidade advinda do ambiente, além de superar a dicotomia sujeito/objeto. Não obstante as divergências teóricas, Habermas e Luhmann, possuem um ponto de convergência, pois "ambos associam a positividade do direito na modernidade à realização do Estado Democrático de Direito" (NEVES, 2006, p.142). Direito positivo é oponível *erga omnes*, permitindo a democratização do Estado de Direito e impedindo o deslocamento da soberania do povo para a nação. Do século XIX fica, pois, a lição do erro de separar direito e política,[23] nitidamente herdado da teoria 'clássica' da constituição, onde o magistrado se vê envolvido em uma falsa neutralidade ao agir nos apertados lindes do texto legal, endossando a ideologia burguesia como vontade geral, contrariamente ao conceito rosseauniano, já que "só diz respeito ao interesse comum; a outra [vontade de todos], ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares.". (COMPARATO, 2003, p.26). Esta cisão entre direito e política da dicotomia sociedade-Estado foi acertadamente refutada por Bobbio (1987, p.70), ao afirmar que "ambos são [...] como partes do sistema social, os sistemas político e jurídico são auto-organizados e auto-determinados.Isto equivale a dizer que esses sistemas não podem ser pensados separadamente da sociedade."

Conforme analisa Campilongo (2002, p.50) "O monismo é a palavra de ordem: monismo político (no sentido de uma concentração de autoridades que produzem e aplicam o direito) e monismo jurídico (direito como direito posto pelo Estado)." A separação das funções estatais, em um ordenamento baseado mais nos códigos do que na Constituição, projeta não só o solipsismo do Estado liberal, mas também de uma sociedade abstraída, onde o povo não atua como sujeito de direito, tornando-se, segundo Müller (2003, p.67), um mero ícone, consistindo esta iconização em "[...] desrealizar a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência[...]" Arremata Müller (2003, p.67), que "quando não se consegue 'moldar' a população como abstração [...] importa 'criar o povo',o que

---

Sociedade – partem de um modelo de baixa complexidade e indiferenciação entre os códigos de comunicação. As formas primitivas de diferenciação segmentaria (baseada na idade, sexo, família e tribo, por exemplo) e de diferenciação centro/periferia(cidade/campo) cedem lugar a formas estratificadas de diferenciação(nobreza/plebe). Finalmente, na sociedade moderna deságuam na forma da diferenciação funcional, da inclusão generalizada de todos em todos os sistemas e de especificação de operações em sistemas parciais. A diferenciação funcional conduz Luhmann a uma noção do sistema social que não conhece limitações nos critérios de inclusão. Isso significa o abandono de uma concepção territorialista da sociedade(não há sentido falar em sociedade alemã e sociedade brasileira,por exemplo) e na adoção do conceito de sociedade mundial.".

[23] Campilongo (2002, p.76-77) demonstra como a abordagem de Luhmann, que separa nitidamente os sistemas político e jurídico, não representa um retorno às teses clássicas da separação de poderes do constitucionalismo: diferentemente do constitucionalismo tradicional, a teoria dos sistemas autopoiéticos não aceita a dicotomia Estado/sociedade e nem atribui ao sistema político um papel central ou superior na condução da vida social. Desse modo, o Judiciário e o Legislativo não são visto como instâncias situadas fora ou acima da sociedade e o juiz não é visto como 'boca da lei'submetida aos rigores da distinção entre produção e aplicação da legislação. Ainda segundo Campilongo (2002, p.86) "A tese da separação entre direito e política é clássica no constitucionalismo O modelo de juiz executor neutralizado politicamente, passivo e inerte terminal do circuito da legalidade – coaduna-se perfeitamente com uma visão compatimentada e monofuncional dos órgãos de governo [...]. Os dois conceitos (separação de poderes e Estado de Direito) não exploram de modo conveniente os pressupostos inerentes a diferenciação do sistema. Analogamente, fundando-se o sistema jurídico e o sistema político no uso da força física e da legislação estadual, podem surgir dúvidas sobre o realismo do processo de diferenciação entre os sistemas."

se faz por meio de medidas externas: colonização, reassentamento, expulsão, liquidação; mais recentemente também por meio de 'limpeza étnica'[...]".

O povo como ícone também é alcançado quando se tenciona, "unificar em 'povo' a população diferenciada, quando não distinguida pela diferença segundo o gênero, as classes ou camadas sociais, freqüentemente também segundo a etnia, e a língua, a cultura e a religião." (MÜLLER, 2003, p.72). A invocação do povo torna-se icônica, e.g., quando as decisões judiciais, de modo generalizável, violentam o *telos* da norma constitucional, tornando a sentença inconstitucional, e este direito "alternativo"[24], termina por desvalorizar o poder constituinte[25] em sua existência permanente, minando a força normativa da constituição[26], que dele é decorrente. Assim a idéia de uma sociedade abstrata deu lugar a uma constituição que não "constitui", [27] que não opera plenamente em sua normatividade e sucumbe frente ao poder, borrando ainda mais os limites já imprecisos entre normatividade e faticidade:

> *En el Estado liberal de derecho no se sentía la agudeza de estos problemas y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello derivaba no de una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural homogeneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales.* (ZAGREBELSKY, 2005, p.145)

A pressão dos *hard cases*, no século XIX, sobre o direito era pouco evidente ou inexistente, limitada a movimentos isolados, reprimidos pelo aparelho policial do Estado. Não que se queira

---

[24] Para Zagrebelsky (2005, p.152):"El riesgo de uso alternativo del derecho incurre también la Corte constitucional cuando pretende decidir las cuestiones de constitucionalidad sin limitarse a eliminar la ley inconstitucional y a diferir al legislador la aprobación de una nueva regla. Cuando la propia corte establece la regla que extrae directamente de la Constitución y la indica sin ninguna alternativa, termina dando una interpretación cerrada del marco constitucional, debilitando el derecho del legislador y el carácter político de su función y reduciendo sus leyes a tímidas propuestas facultativas".

[25] Bercovici (2003, p.126) afirma que "a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional foi relegado ao silencio pela Teoria da Constituição. [...] O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição."

[26] Para Hesse (1991, p.23) "[...] o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação." Se não há mais como conviver *telos* da proposição constitucional e a mudança da realidade concreta, então se deve partir para uma reforma da Constituição,sob pena de que a não mudança do texto constitucional levar a retirada da tensão entre norma e realidade, havendo supressão do próprio direito, como ciência normativa, passando a se confundir com a Ciência Política.

[27]Para Müller (2003, p.99): "[...] a inclusão [social] abrange o próprio ordenamento constitucional e jurídico, que sem a universalidade do seu conceito de norma e sem uma pretensão realizável de vigência não pode ser reconhecido como ordenamento normativo moderno. A constituição reduz-se a ferramenta ocasional dos sobreintegrados. Ela não foi 'pensada' para os subintegrados; não pode mais constituir."

concluir que este modelo de Estado, considerado absenteísta, tenha sido um Estado fraco[28], posto que a não intervenção na economia era marcada pela forte intervenção daqueles que descumpriam a autonomia da vontade de ricos e pobres de contratarem, por meio da normatividade advinda do *pact sunt servanda.* Uma igualdade meramente formal somente seria ancorada no ingênuo conceito de liberdade que não levasse em consideração a desigualdade de capacidade entre as classes sociais. Neste sentido, Zagrebelsky (2005, p.96), afirma que, no ordenamento jurídico do oitocentos havia críticas vindas de outras concepções de justiça que não a positivada na lei, porém "*dada la estructura 'cerrada' de Estado, tales críticas no podián ser sino externas, antijurídicas*."

1.2 As funções jurídico-políticas do estado na teoria 'clássica'

A teoria "clássica" da Constituição apresenta-se por meio de um constitucionalismo formal, nascido em fins do século XVII com a revolução gloriosa na Inglaterra, e que durante o século XVIII evolui, juntamente, com a independência estadunidense e a revolução francesa. Profundamente ligada a formação do Estado Nacional, ela parte da forma de concentração política em torno de um órgão para a de uma divisão de funções estatais[29], conectando-se com a busca de assegurar a proteção aos direitos fundamentais individuais. Intitula-se, deste modo, como "clássica" a teoria da constituição construída, fundamentalmente, por Montesquieu e mais tarde aperfeiçoada por Jay, Hamilton e Madison, dentre outros autores.

O magistério de Loewenstein (1976, p.160) traduz a idéia do princípio do estudo sistematizado da constituição, desde as conquistas da revolução gloriosa, consolidando-se com a constituição escrita nos Estados Unidos e na França, as quais proporcionaram um marco dentro do qual se alcançou em "*generalizaciones posteriores la completa democratización del proceso del político.[...]La soberanía popular y la constitución escrita se han convertido, práctica e ideologicamente, em conceptos sinónimos*." Neste viés, a Constituição nasce com a finalidade essencial de limitar, juridicamente, o poder do Estado, possibilitando o exercício de liberdades fundamentais, ainda que limitadas, em princípio, no interesse da burguesia, que fez valer a

[28]Nesta direção, "Muitos confundem Estado negativo como Estado fraco, o que não é a mesma coisa. O primeiro é o protótipo do Estado liberal [...]. O segundo seria um Estado incapaz de cumprir razoavelmente suas funções básicas.". (GALINDO, 2006, p.47)

[29] Também Locke (1998, p.514-515) é da opinião de que "[...] pode constituir uma tentação demasiado grande para a fragilidade humana capaz de assenhorear-se do poder que as mesmas pessoas que têm o poder de elaborar as leis tenham também em mãos o de executá-las, com o que podem isentar-se da obediência às leis que fazem e adequar a lei, tanto no elaborá-la, como no executá-la, à sua própria vantagem particular."

liberdade de mercado, tornando racional a convivência do seu poder econômico com o poder político[30].

A Constituição escrita acelera a mutação nas relações de poder: "*El constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII, no fue sino una revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico*." (LOEWENSTEIN, 1976, p.25). Neste diapasão, Regla (2001, p.440 ss apud GALINDO, 2006, p.43) anota que "[...] as características mais importantes da constituição são a forma constitucional e os ideais do constitucionalismo político, ou seja, a ideologia constitucional."

> O constitucionalismo pode ser visto, em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição a tradição do medievo, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei, próprio da primeira forma de Estado moderno. (STRECK, 2002, p.95)

Apreciando as características deste constitucionalismo, Zagrebelsky (2005, p.29), assinala a relevância do atributo da generalidade da lei para a garantia da separação de poderes, advogando a tese segundo a qual, caso as leis escritas pudessem "*dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la administración y a las sentencias de los jueces. El legislador concentraría en sí todos los poderes del Estado*.". A generalidade, pois, evitou que as demais funções estatais, exercidas pelo governo e pelo Judiciário, pudessem ser afetadas por leis individuais, as quais impediriam qualquer discricionariedade administrativa e judicial, aumentando a tendência de tornar o rei e os magistrados meros executores de emanações legislativas. Esse Estado constitucional da separação de poderes[31], ao conferir à lei o atributo da generalidade, barrou a concentração de poderes, embora ainda houvesse primazia do Legislativo, já que produzia leis, cuja aplicação, por parte do Executivo e do Judiciário, aproximava-se da

---

[30] Igualmente, Gargarella (2002, p.82) sustenta que "*los liberales consideran que la política debe servir al mercado (en lugar de reemplazarlo) proveyendo el marco más apropiado para su desarrollo y, en todo caso, corrigiendo las 'distorsiones' que amenacen con desvirtuarlo.*"

[31] Bonavides (2003, p.29) qualifica por "[...] Estado constitucional da separação de poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa.". Arinos (1957, p.225) resume os reflexos no Brasil, do Estado Constitucional da Separação de Poderes e sua concepção liberal, surgida na Europa: "No Brasil, como de resto em toda América Latina, o processo de constitucionalização, desenvolvido no primeiro quartel do século XIX, obedeceu rigorosamente a essa orientação de fundir a organização jurídica do Estado com certo tipo de ideologia política, a ideologia liberal. No nosso continente a situação se apresentava ainda mais marcada do que na Europa. De fato, no Velho Mundo, o liberalismo visava apenas à eliminação dos entraves da Monarquia absoluta. Era assim, um problema restrito a política interna de cada país. Enquanto isso, na América Latina, o liberalismo se achava estreitamente vinculado ao processo de emancipação nacional das antigas colônias, e assumia, portanto, além do caráter de luta pela liberdade de um povo, também o sentido da fundação da própria personalidade nacional. Era, por conseqüência, um movimento ao mesmo tempo interno e internacional, que abrangeu todo o continente."

mera subsunção dos fatos a literalidade do texto, ancorada pela escola exegética[32]. Além do mais, a generalidade advinda da supremacia das leis não está "[...] submetida a mudança de paixões:este contraste entre paixões dos homens e frieza da lei conduzirá ao topos não menos clássico da lei identificada com a voz da razão." (BOBBIO, 1987, p.96). Complementando a generalidade, tem-se a abstração da lei como segundo atributo clássico que, por ser elaborada como suposto de fato abstrato, garantia a estabilidade do ordenamento jurídico, e o predomínio da certeza e previsibilidade do direito, evitando leis retroativas. [33]

Com uma lei geral e abstrata, a classe burguesa, antes alijada do poder político, tinha como afastar parte dos privilégios individuais da nobreza e do clero e fixar-se no Poder Legislativo, determinando o que seria a vontade geral - [34] que em princípio não passava de sua vontade, pretensamente homogênea. Assim, a igualdade não existia, além da formalidade, o que levou Neves (2006, p.175) a dizer que os direitos de cidadania, "na semântica das revoluções burguesas modernas, tem o sentido estrito, apontando especificamente para o direito à participação na formação da 'vontade' estatal." Tais direitos políticos têm, no magistério de Carvalho (2001, p.10), como principal instituição "os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a idéia de autogoverno."

Como o voto era baseado no critério do poder econômico, maior peso, revelava-se a clara dependência do político em relação ao econômico. O Estado de Direito, expressão maior das conquistas burguesas, só proporcionava incipientes direitos políticos, pois, "*El proletariado y sus movimientos eran mantenidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho a voto*." (ZAGREBELSKY, 2005, p.32). Evidenciava-se a limitação econômica do sufrágio, fator de

---

[32] Em sentido contrário à tendência da escola exegética de confundir texto normativo com norma jurídica, Zagrebelsky (2005, p.126), concebe que"*Al hablar siempre de principios se asigna a esta palabra un significado más bien amplio,capaz de comprender , por ejemplo , también a las normas programáticas de la Constitución, esto es, las que indican a la colectividad estatal y al Estado mismo los fines dignos de ser perseguidos.*", embora a escola exegeticista não tenha enxergado esta programaticidade.

[33] Com o ensino de Zagrebelsky (2005, p.29), aprende-se que a abstração "*es enemiga de las leyes 'retroactivas' , necesariamente concretas, como también es enemiga de las leyes 'a término', es decir, destinadas a agotarse en um tiempo breve, y en fin, es enemiga de la modificación demasiado frecuente de unas leyes por otras.*".

[34] Sobre a vontade geral como universal, Bonavides (1961, p.121) citando Hegel, acaba por fazer uma pertinente crítica a Rousseau, não obstante parta do próprio autor do contrato social, ao afirmar que "Repeitante à busca desse conceito, teve Rousseau o merecimento de haver proposto um princípio, que, não somente quanto à forma (como o instinto social, a autoridade divina) senão quanto à substância, é o próprio pensamento, a saber, a vontade, como princípio do Estado. Contudo, nisso compreende ele a vontade numa determinada forma, insulada, (como também Fichte posteriormente) e compreende a vontade geral não como um elemento racional

homogeneização da sociedade civil, pela garantia de aprovação de leis, por maiorias burguesas[35]. Toda esta evolução até chegar neste patamar, é narrada e dissertada por Marx (1976, p.16), desde o momento em que foi a burguesia uma classe espoliada, no período medievo, até a tomada do poder, com a revolução francesa.

> Classe oprimida pelo despotismo feudal, a associação armada administrando-se a si própria na comuna, aqui, república urbana independente, ali, terceiro estado, tributário da monarquia; depois, durante o período manufatureiro, contrapeso da nobreza na monarquia feudal ou absoluta, pedra angular das grandes monarquias, a burguesia, desde o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial, conquistou, finalmente a soberania política exclusiva, no estado representativo moderno.

Esse constitucionalismo entendia que só seria considerada Constituição aquela Carta que assegurasse as garantias liberais; neste sentido, o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem clarifica a idéia, ao afirmar que ”Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”(MIRANDA,1997, p.86). Nesta atmosfera de ruptura do *ancien regien*, a teoria de Montesquieu, por tratar da divisão de poderes, uma autêntica divisão de trabalho entre as funções do estado[36], encontrou terreno fértil de confrontação com o absolutismo monárquico, através da novidade proporcionada pela concepção de desconcentração política, surgindo inicialmente, as funções legislativa, executiva e *a posteriori*, a judiciária.

A idéia central do autor francês concebe que a natureza do governo é a sua essência e o princípio é a causa de sua ação governamental[37]; tendo a democracia, por princípio a virtude[38]; a aristocracia, a moderação[39]; a monarquia, a honra[40]; e o despotismo, o medo[41]. A corrupção do

---

“em si” e para si”, constitutivo da vontade, senão apenas como o geral, que consciente, provém destas vontades isoladas.”

[35] Para Marx (1990, p.58), “[...] o democrata, porque representa a pequena burguesia, por conseguinte uma classe intermediária, no seio da qual se embotam os interesses de duas classes opostas, julga estar acima dos antagonismos de classes. Os democratas reconhecem que têm diante deles uma nação privilegiada, mas eles, com todo o resto da nação, constituem o povo.”

[36] Rocha (1995, p.12) entende que a divisão de poderes é “um processo técnico de divisão de trabalho entre os órgãos do Estado. E as ‘funções estatais’, como vimos, não são nada mais do que modos típicos de atuação ou exercício do poder do Estado, que é substancialmente unitário.”

[37] Para Secondat (1979, p.41), “entre a natureza do governo e seu princípio, há esta diferença: sua natureza é o que faz ser como é, e o seu princípio é o que faz agir.”

[38] Montesquieu (1979, p.41) parte da premissa de que “[...] num Estado popular, é preciso uma força a mais: a virtude.”

[39] Charles de Secondat (1979, p.43) entende que “A virtude é tão necessária num governo popular, quanto na aristocracia. A verdade é que aqui ela não é tão absolutamente requerida. [...]. A moderação é, portanto a alma desses governos [aristocráticos]”.

[40] O autor do Espírito das Leis assevera que “se a ele [governo monárquico] falta uma mola [a virtude], possui outra: a honra, isto é, o preconceito de cada pessoa e de cada condição, ocupa o lugar da virtude política [...]”. (MONTESQUIEU, 1979, p.44).

princípio de governo tornava más até mesmo as leis justas, e volta-se contra o próprio Estado; enquanto a observância do princípio tornava justas até mesmas as más leis.[42] Embora admitindo a incompetência do governo absolutista, por ter como princípio o medo, Montesquieu não acreditava que o povo estivesse apto a governar a si mesmo[43], acreditando que a democracia, como modalidade de república, seria corrompida, degenerando-se em excesso de igualdade, de modo que usurparia a tomada de decisão pelos governantes eleitos pelo povo, instalando uma ditadura da maioria. Também havia corrupção na democracia, quando o povo percebia a desonestidade de governos corruptos[44]. Outra ditadura concebida por Montesquieu era a ditadura de um só, quando no regime monárquico, o príncipe abandonava os seus conselheiros e passava a decidir isoladamente; degenerando-se em despotismo[45]

Pela outra modalidade de república, a saber, a aristocracia, Montesquieu, entendia que a hereditariedade, atrelada ao número pequeno de nobres, aumentaria o poder até chegar no governo despótico, de cunho absolutista[46]. Montesquieu não enxergava a prosperidade da democracia em territórios grandes[47], porque entendia que a idéia do bem comum seria pulverizada em várias doutrinas morais, filosóficas ou religiosas; de modo que nestas circunstâncias, só um governo forte, como o monárquico, unificaria a sociedade. Percebe-se já em Montesquieu que a propalada homogeneidade social, pregada pela burguesia, não passava apenas de uma tendência, e que com o passar do período oitocentista, revelou-se cada vez menor, seguindo-se o curso normal do aprendizado democrático, segundo o qual não se deve buscar o consenso, mas respeitar a

---

[41] O Barão de Montequieu (1979, p.45) afirma que, "[...] quando, num governo despótico, o príncipe deixa de por um instante, de levantar o braço e quando não pode destruir imediatamente os que ocupam os postos mais importantes, tudo está perdido, pois não mais existindo a mola do governo, que é o medo, o povo não mais possui protetor."

[42] Montesquieu (1979, p.118) partia da assertiva de que "Quando os princípios de governo são corrompidos uma vez as melhores leis tornam-se más e voltam-se contra o Estado; quando seus princípios são sadios, as más têm o efeito das boas; a força do princípio arrasta tudo."

[43] Para Montesquieu (1979, p.151), "O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um do que por muitos [...]".

[44] Para Montesquieu (1979, p.113), "Corrompe-se o espírito da democracia, não somente quando se perde o espírito de igualdade, mas ainda quando se quer levar o espírito de igualdade ao extremo. [...] O povo cai em desgraça quando aqueles em quem confia, procurando ocultar sua própria corrupção, buscam corrompê-lo."

[45] Para Montesquieu (1979, p.116), "A monarquia arruína-se quando o príncipe relacionando tudo unicamente a si, chama Estado à sua capital, capital à sua corte e corte à sua única pessoa."

[46] Para Montesquieu (1979, p.115), "Extrema corrupção existe quando os nobres hereditarios e quase não podem ter moderação. [...] se são em pequeno número, seu poder é maior, mas sua segurança diminui, [...] de maneira que seu poder vai crescendo e a segurança diminuindo até o déspota, em cuja cabeça está o excesso do poder e o perigo."

[47] Para Montesquieu (1979, p.120) "É da natureza de uma república que seu território seja pequeno; sem isso, ela dificilmente pode subsistir. [...] Numa grande república, o bem comum é sacrificado a mil considerações [...]."

possibilidade do dissenso, fruto do contingente[48]. Sugeria Montesquieu que, na medida em que houvesse a conquista de novos territórios; o princípio de governo deveria ser modificado[49]; passando de honestidade, para moderação; a seguir, desta para a honra, e por fim, o medo.

Loewenstein (1976, p.28), concordando com Montesquieu, abandona a concepção da neutralidade, afirmando que *"ha sido hasta ahora usado el concepto 'poder' para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética, sin embargo, el poder incontrolado es, por su própria naturaleza, malo"*, de modo que não há como se afastar de questões ideológicas, porque sempre freqüente no ideário do cientista, e não seria diferente ao se tratar do Direito Constitucional, que é fruto de questões ideológicas consagradas no seio da sociedade em evolução, tais como liberdade e igualdade, de modo que tendo o universo dos valores um conteúdo bipolar, afirmar, como se está, doravante, fazendo-o, que o pluralismo e a democracia são bons para o Estado e para a sociedade civil, significa sustentar, igualmente, que o hermetismo produzido pela escolha de uma só concepção do bem, é o valor mau. Por outro lado, Loewenstein (1976, p.46) afirma que a classificação de Montesquieu não corresponde *"completamente a las realidades del proceso actual de poder. Con la introducción del sufragio universal há desaparecido la aristocracia como una forma especial de gobierno."*, por não haver mais sentido falar em governo de poucos, além de carecer de significado a idéia de que não havia democracia nas monarquias, pois se verificou que, tanto estas podem ser democráticas, como as repúblicas podem ser tirânicas. Não é o fato de se ter uma conformação política de república ou monarquia, mas o vínculo social e psíquico entre os que 'estão no poder' e aqueloutros que fazem parte da sociedade civil, de modo que há necessidade de crença social generalizante no Governo, para que ele adquira autoridade legítima.

---

[48] Pela lição de Campilongo (2002, p.157): "Contingência significa que algo não é necessário e nem impossível. O direito moderno tem esse perfil. O direito positivo, típico da modernidade, não é um direito necessário (com origem numa inequívoca e imutável fundamentação divina ou resultado de uma relação natural e automática de causa e efeito) nem um direito impossível, visto que é uma das opções dentre outras variáveis igualmente possíveis de direito. Enfim, dizer que o direito positivo não tem uma natureza necessária e nem uma fórmula impossível é o mesmo que vê-lo como o produto secularizado da contingência. Porém, sendo um sistema fechado, as operações do sistema jurídico são duplamente contingentes: da perspectiva intra-sistêmica, o direito positivo é contingente em face das incontáveis possibilidades de direito descartadas no processo de sua seleção; da perspectiva intersistêmica essa contingência decorre do fato de que a seletividade de outros subsistemas é invisível para o sistema jurídico e vice-versa."

[49] Segundo Montesquieu (1979, p.120), "Sendo a propriedade natural dos pequenos Estados serem governados como república, a dos Estados de tamanho medíocre serem submetido a um monarca, a dos grandes impérios serem dominados por um déspota, segue-se que para manter os princípios do governo estabelecido é necessário manter o Estado na grandeza que já tinha e que esse Estado mude de espírito à medida que seus limites forem reduzidos ou ampliados."

O liberalismo europeu alimentou-se, no século XIX, da farsa da inexistência de conflito entre a vontade popular e a vontade do legislador, que proporcionaria uma homogeneidade social, embuçando a ideologia da burguesia, na confusão feita entre legitimidade e legalidade. O curso das lutas sociais da segunda metade do século XIX, motivadas pela exploração excessiva do trabalho pelo capital, foram percebidas, no dizer de Neves (2006, p.136), como um crescente "[...]dissenso estrutural do mundo da vida e a complexidade da sociedade, apontando para tendências simplificadoras, sejam autoritárias, sejam totalitárias.". É bem verdade que o próprio Neves (2006, p.8), admite que o reduzido "grau de variação importa insuficiente 'pressão seletiva', e, portanto pouca complexidade", pouco evidente ou inexistente[50], dada a lentidão do grau de variação, seletividade e estabilização[51], que ocorria no século XIX.

A democracia idealizada por Montesquieu era de baixa representatividade popular, partindo de um bicameralismo; onde a Câmara alta representava parlamentares hereditários, advindo da nobreza, escolhidos pelo nascimento, pelas riquezas e pela honra; e a câmara baixa representava, formalmente, o povo; na verdade, atendia aos anseios de parcela minoritária do mesmo, nomeadamente, a burguesia[52]. Visando o abuso que poderia advir da câmara dos nobres, Montesquieu previu que, quando o assunto fosse de supremo interesse público, aquela só teria a faculdade de impedir; faltando-lhe a atribuição de estatuir[53]. Sobre a idéia de haver um controle

---

[50] Igualmente para Zagrebelsky (2005, p.145): "*En el Estado liberal de derecho no se sentía la agudeza de estos problemas [hard case] y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello derivaba no de una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural homogeneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales*".

[51] No magistério de Campilongo (2002, p.89-90), "No interior do sistema jurídico esses mecanismos [de variação, seleção e estabilização] podem ser identificados com a multiplicação de expectativas normativas conflitantes (variação), processo de decisão das expectativas admitidas no sistema (seleção); regulamentação e programação condicional das expectativas válidas (estabilização). [...] Essas operações ativam o processo de diferenciação do direito. As transformações que ocorrem na sociedade tem uma relevância fundamental para o sistema jurídico. É a partir delas que se pode compreender a forma de variação das estruturas jurídicas, de mudança no código do direito (o não-direito que passa a ser direito e vice-versa) e nos programas decisionais do jurídico [...] Apesar das relações institucionais comuns que a política e o direito mantém com a Constituição, a lei e o aparato coercitivo, a seletividade dos sistemas político e jurídico e muito diversa [...] Grande parte de judiciarização da política e de politização do direito decorre da falta de percepção dessas diferenças.Em razão disso, é mais simples o sistema político(inclusivo) lidar com questões de justiça distributiva(entre muitos pretendentes) e mais fácil para as estruturas do sistema jurídico(menos inclusivo) trabalhar com problemas de justiça corretiva(entre duas partes) ou procedimental(centrado no modo para se chegar a decisão)."

[52] Para Comparato (2003, p.20), "É óbvio que essa transposição semântica da *plebs* em *populus* correspondia a uma revolução política por exclusão: os nobres, clérigos e burgueses não fazem parte do povo. O marxismo voltou a trilhar o mesmo caminho no século seguinte [século XIX], ao atribuir a qualidade política de povo unicamente à classe operária."

[53] Para Secondat (1979, p.151), "[...] como um poder hereditário [câmara dos nobres] poderia ser induzido a seguir seus interesses particulares e a esquecer o povo, é necessário que nas coisas em que se tem supremo interesse em corrompê-lo, como nas leis referentes à arrecadação de dinheiro, ele só tome parte na legislação por sua faculdade de impedir e não por sua faculdade de estatuir.[...]Chamo faculdade de estatuir o direito de ordenar a si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir o direito de anular uma resolução tomada por qualquer do povo [...]".

intrínseco ao Poder Legislativo, há também a possibilidade de que uma Câmara bloqueie a outra e vice-versa, sobretudo se forem competentes para as mesmas faculdades. "*Cuando ambas cámaras son elegidas con la misma o parecidas base electoral es de esperar que en ambas cámaras se dé la misma o parecida constelación de partidos, con lo cual desaparecerá el efecto de control intraórgano*". (LOEWENSTEIN, 1976, p.248)

Quanto ao Poder Executivo de Montesquieu, limitava-se a vetar leis, além das atividades políticas que requeriam pronto emprego; como a defesa interna e territorial[54] e a aplicação das leis a casos concretos. Atrelado ao império do código, o teórico do Estado limitado considerava que a liberdade política é o objetivo da constituição; e tal liberdade seria o direito de fazer tudo aquilo que a lei autoriza[55]. Tinha-se, a partir daí, um Estado Legislativo, atrelado ao princípio da supremacia do interesse público (leia-se interesse de uma burguesia ainda homogênea)[56] sobre o interesse privado.[57] Assim, o código representava todo este período no qual, segundo Zagrebelsky (2005, p.135), o positivismo jurídico[58] tentou estabelecer uma ordem "*subordinando la intervención de los criterios lógicos (la analogía, la consideración del 'sistema')y de las presunciones(la intensión del legislador) al fracaso del criterio príncipe según esa ideología: la referencia a la letra de la ley.*"

O Estado oitocentista europeu, era, com preponderância, um Estado voltado quase exclusivamente para a única classe política organizada, que era classe burguesa, o que levou Zagrebelsky (2005, p.49) a assinalar que "*La proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante*". Aqui

---

[54] Para Montesquieu (1979, p.153), "O poder executivo, [...] deve participar da legislação através do direito de veto [faculdade de impedir], sem o que seria despojado de suas prerrogativas." [...] O Exército, uma vez estabelecido, não deve depender, imediatamente, do poder Legislativo, mas do poder executivo.".

[55] Para Montesquieu (1979, p.148): "[...] liberdade é fazer tudo aquilo que as leis permitem, se um cidadão pudesse fazer tudo aquilo que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder."

[56] Neste diapasão, Kurz (2004, p.15 apud GALINDO, 2006, p.15) afirma que tal "Como a produtividade econômica, também a subjetividade burguesa é medida pelo standard global homogêneo, em que não cabe a maioria dos seres humanos."

[57] Para Bobbio (1987, p.14): "[...] Um dos lugares comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado é que, aumentando a esfera do público diminui a do privado [...]" e vice-versa. Aqui se percebe que havia no século XIX, uma forte idéia de Estado absenteísta, que privatizava o interesse do Estado, por meio do mito do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, evitando que o ente estatal interviesse na autonomia da vontade, desigualando burgueses e proletariado.

[58] Hart (1994, p.226) discorre sobre o positivismo jurídico afirmando que, "Se adotarmos o conceito mais amplo, este levar-nos-á nas pesquisas teóricas a agrupar e a considerar conjuntamente como 'direito' todas as regras que são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas delas ofenderem a própria moral de uma sociedade ou aquilo que podemos sustentar ser uma moral esclarecida ou verdadeira. Se adotarmos o conceito mais restrito, excluiremos do 'direito' tais regras moralmente

se tem a ausência de normatividade do texto constitucional, caracterizada pelo caráter de programaticidade infértil, pois a idéia de supremacia da constituição ainda não havia se firmado, o que a levou a ceder aos fatores reais do poder, necessários para se manter uma dominação lógico-racional da classe mercantil. Foi o momento histórico em que "*se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera constitución jurídicamente operante no fue la Déclaration, sino el Code Civil. […]El recours en cassation para la anulación de sentencias operaba como tutela no de los derechos, sino de la ley al objeto de impedir su interpretación*". (ZAGREBELSKY, 2005, p.54)

A idéia de mera subsunção dos fatos à norma jurídica geral e abstrata, é a base para Montesquieu (1979, p.149) separar, de forma quase absoluta, as funções legislativa e executiva, com o objetivo de evitar a corrupção, pois "[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse esses três poderes [...]". Operacionalizando esses conceitos, Montesquieu (1979, p.181), dividiu o poder estatal em duas funções-poderes, a legislativa, cuidando da produção normativa, e a função administrativa, subdividida em administração de conflitos e função julgadora, cabendo esta, ao Poder Judiciário, que não deveria estar atado ao Executivo e ao Legislativo.

> [...] o corpo Legislativo não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa. Sua pessoa deve ser sagrada porque, sendo necessária ao Estado a fim de que o corpo Legislativo não se torne tirânico, desde o momento em que for acusada ou julgada, a liberdade desapareceria.

A função-poder judiciária era, marcadamente, de menor expressividade, pois nem controlava a função Legislativa, suprema pela ausência de controle de constitucionalidade da lei; nem sindicava os atos da função administrativa, posto que esta poderia livremente aplicar a lei ao caso concreto, de acordo com uma discricionariedade que tendia à arbitrariedade[59], por não se ter

---

ofensivas. Parece claro que nada há a ganhar no estudo teórico ou científico do direito, enquanto fenômeno social, com a adoção do conceito mais restrito."

[59] Para Cordeiro (2002, p.XXII), "A postura metodológica juspositivista não pode, perante o fenômeno, senão negá-lo, ignorá-lo ou remeter a sua solução para os acasos das decisões subjetivas", remetendo para uma falsa discricionariedade, que na realidade é arbitrariedade. A proibição do *non liquet*, associada aos instrumentos meramente formais do juspositivismo levava o juiz a buscar em critérios extrapositivos a suas soluções causando dois inconvenientes: "a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão,inviabilizando seu controlo [...]a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de factores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça da decisão." (CORDEIRO, 2002, p.XXIII-XXIV). "Encruzilhada do direito no final do século XX: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscurso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferentes ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso." (CORDEIRO, 2002, p.XXVIII); e em ambos não há controle efetivo da ciência do direito. Há necessidade de um discurso integral para o direito, ou melhor, que

previsão normativa de reexame judicial, cingindo aos litígios *inter privatus*, como uma espécie de sub-poder, que está em contato direto com a sociedade civil, enquanto os poderes Legislativo e o governo, tratariam das questões de 'interesse público'. Esta discricionariedade será vista por Zagrebelsky (2005, p.117) como uma espécie de "cinismo" do positivismo jurídico e da escola exegeticista, ao afirmarem a "*ausencia de derecho y la libertad del intérprete para recurrir a criterios morales, en todo caso extrajurídicos.*"

Além de separar, de modo estanque, sociedade civil e Estado, a aplicação usual da teoria de Montesquieu criava uma espécie de *apartheid*, revelando a falsa idéia de que a burguesia fazia do povo. Fez isto ao retirar da função judiciária o poder de julgar pessoas ditas "importantes", cumprindo esta ao Legislativo, embora função atípica, por entender que o Judiciário só deveria julgar os iguais[60]; julgava-se que a função judiciária iria comprometer a "neutralidade" da justiça, dado que trataria os abastados de modo isonômico, em relação às camadas hipossuficientes da sociedade, outra falácia burguesa, que encobre os reais interesses de impunidade dos que fazem parte dos resquícios da nobreza do período absolutista monárquico. Assim resume Montesquieu (1979, p.153) sua teoria sobre limitações recíprocas entre as funções legislativa e executiva:

> Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo Legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo.
> Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.

Relevante afirmar que as limitações recíprocas entre as funções estatais, na verdade, deixam entrever que mais importante do que o controle do poder, subjaz a dependência recíproca entre o sistema jurídico e o sistema político[61], que só veio a ser intensificada quando o Judiciário passou a ser considerado poder estatal. Além do mais a divisão de poderes evita o excesso de autonomia do

---

"Todo processo de realização de direito, portanto todos os fatores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídas no discurso juscientífico." (CORDEIRO, 2002, p.XXIV).

[60] Para Montesquieu (1979, p.152), "Os poderosos estão sempre expostos à inveja e se fossem julgados pelo povo não fruiriam do privilégio que; num Estado livre, o mais humilde dos cidadãos possui de ser julgado pelos seus pares. Cumpre, portanto, que os nobres sejam levados, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo Legislativo composta de nobres."

[61] Neste sentido, Albuquerque (2003) sustenta que o: Estado de direito - tem como fator decisivo mais a interdependência de fatores jurídicos e políticos do que propriamente o controle do poder do estado. No mesmo sentido, "[...] o processo de diferenciação conduz à passagem de um sistema bidimensional (correspondente às sociedades estratificadas e caracterizado pelo binário hierárquico superior/inferior) a um sistema tridimensional(correspondente às sociedades funcionalmente diferenciadas) e caracterizado por uma interdependência recíproca mais elevada entre os componentes do sistema, a saber, a tridimensionalidade entre política, administração e público." (CAMPILONGO, 2002, p.90)

sistema político, o que levaria à própria destruição de sua autonomia[62]. Enquanto o Tribunal é temporário e eleito pelo povo para um mandato temporário[63], os dois outros poderes são permanentes; o Legislativo, cuidando de positivar a *volunte generale*; e o Executivo, de executá-la, não se olvidando que ele convocava o Legislativo, além de também poderia vetar as normas que não correspondessem àquela vontade (Não havia veto, por motivo de inconstitucionalidade da lei, corroborando com a idéia anteriormente esposada, de que o constitucionalismo francês era de baixíssima programaticidade).[64]

A idéia do Estado Legislativo que se constituiu ao longo do século XIX era a de que, como os princípios careciam de suporte fático, não podiam ser aplicados pelos juízes. Assim comenta Zagrebelsky (2005, p.112): "*[…] la negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción.*" O fato dos princípios gerais do direito carecerem de hipótese de incidência é superado quando se pode aplicá-lo, em uma visão prospectiva, no caso concreto, tendo em vista a busca de um *status quo*, mesmo não tendo ele a finalidade de abarcância plena do caso concreto.[65] O propalado paradigma de certeza e previsibilidade das decisões judiciais dos oitocentos tornava a jurisdição um poder acessório do Legislativo;[66] com a tendência de hierarquização entre eles, foi superado com admissão dos princípios como norma jurídica[67], que operou uma reviravolta nas relações entre os poderes estatais, deixando o

---

[62] Para Neves (2006, p.102), o Estado de Direito também "[...] protege o sistema político, mediante a instituição da divisão de poderes contra uma expansão destrutiva da própria autonomia."

[63] Pela lição de Montesquieu (1979, p.149-150), "[...] o poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente [sic] mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.[...]Os outros dois poderes poderiam, preferivelmente, ser outorgados a magistrados ou corpos permanentes, porque não se exercem sobre nenhum indivíduo, sendo um somente a vontade geral do Estado e outro somente a execução dessa vontade geral."

[64] Para Montesquieu (1979, p.151-152), "[...] o corpo Legislativo não deve convocar a si próprio, pois um corpo só é considerado como tendo vontade quando está reunido [...] é necessário, portanto, que seja o poder executivo quem regulamente o momento da convocação e da duração dessas assembléias [...]. Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribui a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes."

[65] Neste raciocínio, as regras jurídicas são normas"imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abarcância para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção". (ÁVILA, 2004, p.70).

[66] Para Montesquieu (1979, p.151), "Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo.".

[67] Neste sentido, "A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constitutivos das últimas décadas deste século [XX]. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais." (BONAVIDES, 2000, p.237)

Judiciário de ser mero aplicador, para ser construtor de um direito judicial, embora com as balizas do texto normativo.

Esta relação de coordenação entre poderes Legislativo, Executivo e Judiciário só se consolidou no Estado de Direito Democrático.[68] Assim a constitucionalização dos princípios gerais do direito forçou os Estados, sobretudo após as duas grandes guerras do século XX, a experimentar em suas constituições uma programaticidade fértil, afastando-se do automatismo gerado pelo silogismo judicial e a mera atividade subsuntiva. Zagrebelsky (2005, p.122), aponta como superação ao positivismo jurídico, uma solução segundo a qual não se tratava de "*asignar a lo fáctico una prioridad sobre lo normativo, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el outro.*"[69]

1.3 O sistema common law e a função judiciária

Em meio as críticas à revolução francesa o pensador conservador Edmond Burke aproveita para defender o constitucionalismo inglês, que reúne a idéia de continuidade e aperfeiçoamento da sociedade, da aceitação e ratificação das desigualdades sociais, bem como a obediência a autoridade secular da igreja. O repúdio a um modelo de Estado laico vem na forma de louvor à ligação íntima entre igreja e Estado (1982, p.56):

> Uma religião conectada com o Estado e com a responsabilidade dos cidadãos perante ele torna-se para eles, portanto ainda mais necessária do que naquelas sociedades onde o povo, em virtude de sua sujeição, está confinado aos sentimentos privados e à administração de seus próprios negócios familiares.

Aqui, vê-se a crítica de Burke ao recém-criado Estado liberal francês, calcado na autonomia privada e na separação da igreja do Estado. Em relação à Constituição inglesa, Burke era de opinião que "[...] significava defender o arranjo político instaurado a partir da revolução de 1688, que garantia o equilíbrio entre a coroa e o parlamento"(KINZO, 1993, p.22). Burke (1982, p.89)

---

[68] Já era esse o entendimento de Neves (2006, p.152), ao dispor que "Não cabe falar de uma supremacia da legislação sobre a jurisdição como pretende Maus em sua crítica democrático-radical à atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão no exercício de sua função de controle de constitucionalidade das leis. Neste caso, trata-se, em princípio, de distribuição de competências."

[69] Rentería (2002, p.95) comunga com esta tese, ao afirmar que "*Sin embargo, no me parece que el modelo retórico describe ou auspicia el abandono total de los instrumentos de control que proporciona la lógica formal(deductiva); el modelo retórico, a mi parecer, se limita a subrayar, la insuficiéncia da lógica formal, como único instrumento para explicar el fenômeno de la aplicación del derecho, con el fin, em conseqüéncia, de evidenciar los riesgos que se conectan al hecho de esconder detrás del velo de la deducibilidade fenómenos mucho más complejos.*"

faz fortes reparos aos franceses, entendendo eles que deveriam ter remodelado a monarquia pré-revolucionária, o que evitaria a queda da bastilha:

> É verdade que vossa Constituição [francesa], enquanto estivestes fora de seu domínio, sofreu o desgaste e a dilapidação; mas possuístes, em alguns aspectos, as paredes e no geral, as fundações de um castelo nobre e venerável. Podíeis ter consertado tais paredes; podíeis ter construído sobre tais velhas fundações. Vossa Constituição foi suspensa antes de ser aperfeiçoada; mas tivestes os elementos de uma Constituição tão próximos quanto se poderia desejar.

Avesso à inovação, Burke (1982, p.92) afirma que "geralmente, um espírito de inovação é o resultado de um temperamento egoísta e de concepções estreitas". Outra objeção à Revolução Francesa reside no fato de que esta utiliza a liberdade e a igualdade, como princípios abstratos; quando a solução dos problemas políticos reside na observância de circunstâncias de cada caso concreto. A liberdade para Burke (1982, p.102) tinha base nos estamentos e associações, era uma liberdade concreta em oposição à liberdade dos franceses, que representava o "caos" e "anarquia". "Todos os homens têm direitos iguais, mas não a coisas iguais. Aquele que não tem senão cinco *shillings* na parceria tem também um direito a ela, como aquele que tem quinhentas libras o tem à sua porção maior."

Essa forma de organização inglesa em estamentos serve de base para se compreender as raízes do sistema *common law* e de como ele evolui até o modelo americano. Percebe-se, mais adequadamente, a teoria da separação de poderes neste sistema, quando se entende que o Estado estamental é, um *tertius genus* entre 'Estado' feudal e Estado absolutista.

> Como forma intermediária entre o Estado feudal e o Estado absoluto, o Estado estamental distingue-se do primeiro por uma gradual institucionalização dos contra-poderes e também pela transformação das relações de pessoa a pessoa, próprias do sistema feudal, em relações entre instituições: de um lado, assembléias de estamento, de outro o rei com o seu aparato de funcionários que, onde conseguem se afirmar, dão origem ao Estado burocrático característico da monarquia absoluta. Distingue-se do segundo pela presença de uma contraposição de poderes em contínuo conflito, que o advento da monarquia absoluta tende a suprimir. (BOBBIO, 1987, p.115)

Desta forma, entende-se que Estado representativo inglês nasceu sem solução de continuidade entre o Estado feudal e o Estado estamental,[70] pois desde a magna carta do rei João

---

[70] *El Instrument of Governament, de Cromwell, de 1653, pasa por ser el primer ejemplo de un intento práctico de tal división [de poderes]. En términos generales, Cromwell se esforzó en crear, frente al Parlamento que había disuelto tres veces, un gobierno fuerte e capaz de actuar. En concomitancia con esta experiencia surge una teoría de la necesidad de distinción y control recíproco de las diversas ramas de la actividad del Estado. Harrington (oceana) trató de planear un complicado sistema de frenos y controles recíprocos.[…]La diferenciación no sirve sólo a la separación, porque entonces surgiría una pluralidad de actividades estatales aisladas, sin conexión ninguna, sino que tiene el fin de producir un equilibrio.* (SCHMITT, 1996, p.186)

sem terra, de 1215, havia um contra-poder, representado pela nobreza inglesa, que fazia frente ao rei, evitando o absolutismo monárquico, enquanto o Estado francês representativo surgiu do absolutismo monárquico. (MIRANDA, 1997, p.109)

> O que distingue, sobretudo, a Revolução inglesa de 1688 da que um século mais tarde ensangüentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitectura toda do Estado desde o começo. [...] O Direito Constitucional inglês não nasce em 1689 com o *Bill of Rights*, o Direito constitucional francês nasce em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (MIRANDA, 1997, p.124)

Bobbio (1987, p.116) reforça essa evolução estatal, passando de estamental para representativo, quando afirma que "[...] a representação por categorias ou corporativa (hoje se diria representação de interesses) é substituída pela representação dos indivíduos singulares (num primeiro tempo apenas os proprietários), aos quais se reconhecem os direitos políticos." Com base nessa evolução e a crescente supremacia do parlamento inglês em relação ao rei, entende-se que na ordem constitucional moderna "[...] o Legislativo teria então como função o controle do Executivo, a debilitação da sua força e, finalmente a sua submissão, num movimento que visava a eliminação da monarquia". (RUIVO, 1989, p.74). Esta concepção de separação de poderes não visava um equilíbrio, mas a supremacia do Legislativo, traduzida na hegemonia da emergente burguesia sobre a decadente nobreza e o clero, "e a justiça que, ao separar-se da administração em geral, se havia autonomizado, independentiza-se do Executivo para ficar agora completamente submetida ao Parlamento" (RUIVO, 1989, p.74), reforçando a idéia de que o Judiciário era um mero executor. [71]

Resulta que a idéia de Montesquieu originou uma visão distinta da função do Judiciário, no sistema *common Law* constituído nos Estados Unidos, motivado pela descrença americana nas rigorosas leis inglesas[72], que culminaram na independência das treze colônias, onde se passou a legitimar o magistrado como defensor da Constituição, iniciando-se, efetivamente, uma

---

[71] De modo diverso, as ordens jurídicas continentais, ao menos em relação à codificação, refletiam "[...]uma extrema cristalização de valores, em contraste com a flexibilidade das anglo-saxônicas, que foram incorporando mudança e retendo continuidade através de um papel mais criativo do juiz"(RUIVO, 1989, p. 75), embora o problema não consista em uma suposta contradição entre os modelos anglo-saxônico e continental, "mas antes na introdução de elementos que moderem a rigidez de uma vinculação estrita" (RUIVO, 1989, p.83), deve haver inovação, embora vinculada, "posto que os limites sistêmicos estão, à partida, bem definidos." (RUIVO, 1989, p.83), encontrando pois sua criação balizas de ordem estrutural.

[72] Igualmente, Rocha (1995, p.91) entende que um dos motivos da elevação do Judiciário ao status de poder estatal se deveu "a desconfiança destes (políticos e juristas) em relação à assembléia inglesa, por causa de suas leis destinadas às colônias americanas, que consideravam arbitrárias, fazendo com que os constituintes colocassem o Legislativo sob suspeita, e por conseqüência debaixo de uma controle do Judiciário [..]".

supremacia constitucional, que impôs limites ao Legislativo[73]. Tratando da força normativa da Constituição, Rocha (1995, p.114) sustenta, quanto ao principio da sujeição do juiz à lei, que este a partir "da Constituição deixa de ser absoluto para ser apenas condicionado, já que ao juiz, cabe o poder de rejeitar a aplicação de leis que considere manifestamente inconstitucionais." Se na tradição do direito continental europeu, do século XIX até meados do século XX, a maioria dos magistrados tendia a ser a 'boca da lei', estando, salvo na hipóteses de lacunas, absolutamente limitados pelo Legislativo; na tradição do *common law* americano, bem antes deste momento, ele passa a não mais confundir texto legal com norma jurídica. Esta, que tem o texto apenas como paradigma, só é encontrada após a interpretação/aplicação pelo agente estatal, mormente o juiz que a aplica em grau de definitividade.[74]

A obra *O Federalista* parece ser a obra que melhor traduz o início da promoção da função judiciária como poder estatal. Nela, Madison, Jay e Hamilton tiram proveito da idéia de Montesquieu, de modo a coibir facções políticas que tencionassem impor uma ditadura de maiorias. As facções políticas não tinham que ser extirpadas na distribuição desigual de riquezas, mas poderiam ser combatidas nos nefastos efeitos desta desigualdade[75], através do reforço do poder jurisdicional; o qual, gozando de relativa permanência, poderia revogar leis aprovadas por maiorias ocasionais, que ferissem direitos fundamentais individuais, evitando que houvesse um excesso de politização da vida social, imunizando a sociedade de simplificações totalitárias, evitando a confusão entre sistemas político, jurídico e moral. [76] Para tanto, a opção pela

---

[73] Campilongo (2002, p.30) também assim o compreende: "[...] o modelo concebido por Montesquieu deu origem a duas visões distintas da função do Judiciário: na tradição do direito continental, o juiz é a 'boca da lei' e está limitado pelo Legislativo; na tradição do '*common law*', o magistrado é o garante da Constituição e impõe limites ao Legislativo."

[74] Vasconcelos (2002, p.27) afirma que as supostas estabilidade e segurança da norma escrita "são relativas, porque, em verdade, o que se aplica é a interpretação normativa, e nunca a norma em seu presumível e problemático significado original.", isto porque a linguagem não é algo que pré-existe a interpretação/aplicação. Aqui já se esboça a idéia de que, "a criação normativa ocorre também no campo da atividade jurisdicional, irradiando uma capacidade de generalização além das fronteiras do caso sob exame." (ALBUQUERQUE, 2003, p.34), embora esta criação esteja condicionada ao dispositivo legal, ou na norma consuetudinária.

[75] Para Madison (1984, p.149-150), "A fonte mais comum e duradoura das facções tem sido a distribuição variada e desigual de propriedade. [...] É inútil dizer que estadistas esclarecidos serão capazes de conciliar estes interesses conflitantes, tornando-os subordinados ao bem público. [...] A ingerência a que somos levados é que as causas da facção não podem ser removidas, restando procurar remédio nos meios de controlar-lhe os 'efeitos'. [...]".

[76] Segundo Neves (2006, p.103), "A institucionalização dos Direitos Fundamentais imuniza a sociedade contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade."

república[77], e não pela democracia pura; já que naquela, haveria um maior número de protetores do bem público e menor quantidade de pessoas preocupados com seus interesses pessoais.

Quando Madison (1984, p.153) sugere que a Constituição Federal possui uma inteligente combinação, cita que "[...] os interesses maiores e de conjunto são tratados pelo Legislativo nacional; os locais e particulares, pelos estaduais [...]". Relegando os interesses aproximados do individual para os estados-membros, percebe-se que o princípio federativo se impõe, retirando a possibilidade de que uma facção política de um estado-membro contamine os demais estados federados, demonstrando, claramente, a pré-compreensão segundo a qual, os partidos políticos, por desfazerem a idéia de homogeneidade social, desestruturariam a construção do pacto federativo, contaminando a Constituição Federal; quando na realidade, segundo Loewenstein(1976, p.134) *"El partido político se convertió em el lazo de uma unión que no existia entre los diversos detentadores del poder, aislados constitucionalmente.[...]El partido político es la correa de transmisión para transformar el liderazgo político del jefe de gobierno en el actuar del congreso.*

Para Rocha (1995, p.90), "a estruturação federativa do Estado americano, que nos parece o mais importante elemento determinante da idéia da supremacia constitucional", evita movimentos de independência de estados-membros, por consolidar a idéia da unidade em torno da Constituição, que se tornou ponto de convergência do pacto federativo. Neste sentido, cabe registrar que, embora a Constituição americana adote, claramente, a teoria de Montesquieu, em seu aspecto clássico[78], ao mesmo tempo a ultrapassa, pois não concebe a separação estanque de poderes, definindo com relativa precisão que a função legislativa cabe ao Congresso americano e

---

[77]Seguindo esta linha de raciocínio, Madison (1984, p.151) entende que "Uma paixão ou interesse comum dominará, em quase todos os casos a maioria do conjunto, [...]e nada haverá para controlar a propensão para sacrificar o partido mais fraco ou o indivíduo servil. A conseqüência é que tais democracias tem sido sempre palco de distúrbios e discussões, revelaram-se incapazes de garantir a segurança pessoal ou os direitos de propriedade.[...] Uma república – que defino como um governo no qual o esquema de representação tem lugar – [...] promete a cura que estamos buscando.". Para Hernández (2002, p.17), *"Frente a la pobreza, los liberales están preocupados por la satisfación de necesidades; el republicanismo, además de ello, se preocupa por las condiciones de dominio en que se encuentran las pesonas que la sufren. La concepción republicana de la libertad está centrada en la capacidad individual de elección, y por ello está más cerca de aquellas tradiciones liberales que consideran que el principal no es la utilidad, ni la satisfación de las necesidades básicas, ni los ingresos, sino la generación de capacidades.[…]los republicanos ponen énfasis en reducir la distancia entre representantes y representados, y en diseñar herramientas capaces de facilitar el control de los ciudadanos sobre los gobernantes y esquemas institucionales que impidan la tiranía de las minorías."*

[78] Igualmente, Costa (2006, p.216) entende que "O presidencialismo tinha como característica representar o sistema com os aspectos clássicos da teoria da separação de poderes de Montesquieu. A Constituição dos Estados Unidos, porém, soubera delinear claramente esta teoria, que de uma separação rígida passara para outra mais branda e atenuada."

que a função de governo cabe ao chefe do poder executivo, que acumula a função de chefe de estado.

Trata-se de uma mais bem definida distribuição de tarefas entre os poderes, pois dificulta a que um poder tenha hegemonia sobre as tarefas de outro poder; mas que possa, através de um sistema de freios de contrapesos, conter-lhe o excesso. Madison (1984, p.395) corrobora o entendimento acima, ao comentar que não há nenhum estado americano que confira lugar a separação estanque entre as funções estatais, neste sentido reinterpretando Montesquieu tratou da impossibilidade de julgar, na ausência de separação entre Legislativo e Executivo, sob pena de ferir a liberdade:

> A verdadeira interpretação [de Montesquieu], como se deduz de suas palavras [...] não pode ser outra senão esta: onde 'todo' poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam 'todo' poder de outro ramo, os princípios de uma constituição livre estarão subvertidos.

Esta é a idéia central dos *checks and balances* americano, que Costa (2006, p.212) sintetiza como "[...] eleitorados separados para eleger o presidente, os senadores e os deputados; o poder do veto presidencial, um congresso bicameral, controle presidencial de nomeações, confirmações do senado e o federalismo.". Para Costa (2006, p.212), Madison (1984, p.480 e ss) entende que, com o passar do tempo vai-se elastecendo o elenco de freios e contrapesos, que passa a incluir "[...] revisão judicial, os partidos políticos descentralizados, as obstruções do senado, a cortesia senatorial, o poder dos presidentes de comissões [...]." [79] Aqui vai uma crítica ao modelo puro de Montesquieu que, embora harmonizando Legislativo e Executivo, evitando que um "sufoque" o outro, torna o Judiciário um "sub-poder", à mercê da *volonté génerale* e da discricionariedade tendente à arbitrariedade.

A tendência de usurpação do poder da parte do Executivo, em sua discricionariedade quase ilimitada; de um Legislativo preso a uma ditadura de maiorias, acrescido de um Judiciário inerte ante aos desmandos estatais seria melhor remediada, segundo Madison (1984, p.402), pela república representativa, "onde a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada; tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercido por uma assembléia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo." Percebendo uma maior discricionariedade

---

[79] Para Loewenstein (1976, p.137-138), "*junto a los puntos de contactos establecidos constitucionalmente – confirmación de nombramientos personales y ratificación de tratados internacionales a través del senado – el otorgamiento de médios econômicos y la actividad de las comisiones de investigaciones ha tomado lugar preeminente. Los frenos y contrapesos no están confinados tan solo a los casos previstos por la constitución*."

no Legislativo, *O Federalista* vê no Poder Legislativo, mais do que no Executivo, a origem das mazelas da usurpação de poder, criticando a função executiva da Pensilvânia, por ter um número excessivo de gestores, que a faz parecer "com uma assembléia legislativa, quanto com um conselho Executivo, sendo desde logo isento de uma responsabilidade individual pela ação do conjunto" (1984, p.405).

A idéia da república, pressupondo alternância do poder e responsabilidade pelo ato do Executivo, revela um maior controle também dos atos do Poder Executivo, concentrado em uma pessoa - o Presidente - o que evitava a pulverização de responsabilidades, que ocorreriam, caso houvesse várias pessoas na chefia de governo. Há uma idéia subjacente na aversão d´*O Federalista* relativa ao parlamentarismo, que também é a idéia de Montesquieu (1979, p.151): "se não houvesse monarca, e se o Poder Executivo fosse confiado a certo número de pessoas extraídas do corpo Legislativo, não haveria mais liberdade, pois os dois poderes estariam unidos." . Diferentemente do parlamentarismo, onde há uma maior interdependência entre as funções de governo e legislativo - com menos ressentimentos entre elas[80] - o que fomenta a liberdade e a igualdade dos cidadãos; além disto, há os partidos de oposição, que funcionam como uma espécie de gabinete-sombra, executando o controle político do governo.[81] Assim, o Judiciário não participa nem da normatização relativa à distribuição das riquezas da sociedade, prerrogativa do Legislativo, nem da execução destas normas, tarefa do Executivo, estando ainda atrelado a este na execução das próprias sentenças; restaria a possibilidade, para fazer frente a uma ditadura do Legislativo e em menor grau do Executivo, que o Judiciário devesse ser órgão permanente e, ao controlar atos do Poder Legislativo, adquirisse independência para proteger o direito das minorias. A posição defendida por Hamilton (1984, p.577), inova em relação a de Montesquieu, ao prever "relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Poder Legislativo, porque contrários à constituição."

Acrescenta Loewenstein (1976, p.310), comentando Hamilton, que a afirmação acima, em seu contexto, "no significa, ni más ni menos que el derecho de interpretar la constitución es una función inherente al cargo judicial, derecho que, sin embargo, no se basa en la superioridad de los tribunales sobre el legislador.". Deve-se interpretar com cautela a afirmação de Loewenstein

---

[80] Bonavides (2003, p.230) "No parlamentarismo, os poderes se aproximam e se coordenam para o desempenho da tarefa harmônica de governo, sem maior rivalidade ou ressentimento."

[81] Miranda (1997, p.134) defende que "Se [no parlamentarismo] a distinção entre Legislativo e Executivo se apresenta somente jurídica (dado o domínio do Governo na iniciativa de lei), politicamente sobressai a separação entre maioria e minoria, entre governo e oposição(que constitui o Gabinete-sombra)."

(1976, p.309), quando afirma que Montesquieu não previu que o Judiciário fosse um força de oposição aos demais poderes, acrescentando que *"Tampoco the federalist, en la famosa exposición de Hamilton sobre el poder judicial (num. 78), se vio inducido a mantener una opinión diferente"* pois, entende que este compêndio americano lançou as bases de um controle de constitucionalidade que, historicamente, terminou por se transformar em controle judicial das funções legiferantes e administrativas, não obstante a supremacia não seja do Judiciário, mas do povo, como titular do poder constituinte originário.

Hamilton (1984, p.577) afirma, neste sentido, que "Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade", referindo-se o autor ao fato do Poder Legislativo produzir leis contrárias a Constituição, usurpando o poder constituinte originário. Até aqui, já é possível perceber que, a teoria de Montesquieu, levou a duas concepções de direito, onde segundo Zagrebelky (2005, p.58), era "*Estatalista, objetivista y legislativa, la primera; preestatalista, subjetivista y jurisdiccional, la segunda [...]*", referindo-se a primeira menção ao direito continental europeu, e a derradeira, ao direito americano. Hamilton aqui inova, para afirmar o primado da constituição sobre a lei; e tal argumentação baseia-se no fato de que o poder constituinte cria os poderes constituídos, de modo que a criatura não tem autorização para criar normas contrárias àquelas instituídas pelo criador; e o rompimento desta hierarquia corresponderia, na linguagem de Hamilton (1984, p.578), "a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo."

Percebe-se, na idéia de poder constituinte, a incindibilidade do elemento normativo-constitucional da autoridade que lhe originou, a saber, o povo. Heller (1992, p. 298) afirma que "*La existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, em oposición, sino que se condicionan recíprocamente*."Ao contrário do caráter meramente descritivo[82], que fora dado ao conceito de Povo, pelo direito continental europeu da era

[82] Em sentido contrário ao conceito meramente descritivo, entende Müller (2003, p.83) que "Povo evidencia-se como conceito não naturalista, a ser encontrado por via da ciência empírica". Comparato (2003, p.13), concordando, afirma: "Na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político."

oitocentista, ancorado na figura do sujeito de direito[83], Comparato (2003, p.15) influenciado por Muller, afirma que "A primeira utilização conseqüente do conceito de povo como titular da soberania democrática, nos tempos modernos, aparece com os norte-americanos [...]", onde não se busca um conceito normativo, mas um conceito operacional.

Confundir soberania do povo com soberania da nação foi mais um dos atributos da Teoria do Estado dos oitocentos.[84] Os teóricos da época sustentaram, em confronto com a realidade social segundo Heller (1992, p.180), *"la ficción de una comunidad del pueblo homogenea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático o aun mero epifenómeno, se decía que era unidad estatal."*. Partindo da premissa de que não havia um povo homogêneo, mesmo no século XIX, a soberania da nação era uma mera ficção; associada à idéia de Estado-nação do início da idade moderna[85] - quando começou a idéia de cidadão[86]; já que no medievo as relações eram servis, de mera vassalagem e de um direito fragmentado em feudos, sem que os senhores feudais se considerassem obrigados pelas normas por eles criadas[87]. Assim, desde o oitocentos já se pode falar claramente em soberania popular no Direito Americano como realidade política, só compreendida, segundo Heller (1992, p.266) *"cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebírsela, es decir, como un*

---

[83] Faria (1989, p.10): "Se a mediação jurídica dos conflitos sociais, de acordo com o modelo liberal de direito e Estado, pressupõe a abstração de indivíduos concretos na decantada figura normativa do 'sujeito de direito', como, especialmente nas sociedades do terceiro mundo, formalizar homens historicamente situados numa situação de profunda desigualdade real num único 'sujeito de direito'?".

[84] Para Loewenstein (1976, p.36), a evolução histórica da sociedade estatal formou modalidades de poder estatal; embora, inicialmente três, nomeadamente, o Governo, o Parlamento e o povo, este último passando a ser detentor do poder quando se organiza "*en los cuadros de los partidos políticos, se elevan a la condición de um detentador del poder independiente, participando directamente en el proceso político a través de elecciones*.". O autor entende entende que o Judiciário é alçado ao status de poder estatal, no Direito Americano, quando em circunstâncias excepcionais, passa, ao invés de "*ejercer meramente la función subordinada de aplicar la ley ao correspondiente conflicto de intereses, reclaman el derecho de declarar inválidas las leyes emitidas por el parlamento y el gobierno*.", o que força a conclusão (1976, p.304), segundo a qual "*unos de los fenómenos más característicos en la evolución del Estado democrático es el ascenso del poder judicial a la categoría de auténtico tercer detentador del poder*".

[85]No mesmo sentido, Galindo (2006, p.31) entende que a passagem do Estado absolutista para o liberal: muda-se a titularidade da soberania, antes da nação, passando a residir no povo como conjunto de cidadãos, "ligados entre si por um vínculo jurídico. Sendo atribuída ao povo, e não à nação, a questão da titularidade da soberania é mais bem explicada tanto nos Estados nacionais como nos plurinacionais".

[86] Seguindo esta idéia: "[...] a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação. [...] Da cidadania como a conhecemos fazem parte então a lealdade a um Estado e a identificação com uma nação. As duas coisas também nem sempre aparecem juntas". (CARVALHO, 2001, p.12)

[87] Na sociedade escravocrata brasileira passava-se algo semelhante, de modo que nela "Não se pode dizer que os senhores fossem cidadãos. [...] Faltavam-lhe, no entanto, o próprio sentido da cidadania, a noção de igualdade perante a lei. Eram simples potentados que absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias. Em suas mãos, a justiça, que, como vimos, é a principal garantia do poder pessoal." (CARVALHO, 2001, p.21)

principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador." [88]

> Os representantes ordinários de um povo estão encarregados de exercer, nas formas constitucionais, toda esta porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Seu poder se limita aos assuntos do governo. Os representantes extraordinários terão o novo poder que a nação lhes dará como lhe aprouver. (SIEYÈS, 1997, p.97)

Caracterizava-se, pois, o poder constituinte por ser inicial, autônomo e incondicionado, exercido por representantes extraordinários da nação, evitando assim a usurpação do legislador ordinário.

> *El espiritu inventivo de Sieyès, ampliando el dogma rosseauniano, expus la teoria del pouvoir constituant:El poder constituinte le pertenece por derecho al pueblo. Sieyès supo aplicar habilmente esta teoría a las tareas del momento, y asignó al Tercer Estado, como verdadero representante de la nación, el poder normativo sobre el orden social.* (LOEWENSTEIN, 1976, p.159)

A distinção, aprimorada em *O Federalista*, entre os poderes constituinte e poder constituído, leva Galindo (2006, p.52) a afirmar que Sieyès terminou por aperfeiçoar "no sentido institucional as idéias de soberania popular e nacional e de separação de poderes em uma teoria da constituição, criando (e ai se encontra a parte substancialmente original) a teoria do poder constituinte." Nesta linha de raciocínio esta distinção Sieyès complemento das idéias de Rosseau[89] e Montesquieu.[90]

1.4 Análise crítica da teoria "clássica" da constituição

Superando-se a distinção de Montesquieu, não será decisivo somente o número de detentores do poder, nem a conformação em monarquia ou república, mas, no magistério de

---

[88] Com a passagem do Estado absolutista para o Estado de direito, através da divisão de tarefas estatais em órgãos distintos, pode-se transpor o conceito ideológico de soberania nacional chegando ao conceito de soberania do povo . A supremacia da constituição erige-se com base na superação do jusnaturalismo , através dos princípios como normas jurídicas, afastando a ficção encontrada no direito natural , de que a sociedade civil é uma comunidade jurídica plenamente uniforme. Assim, para Heller (1992, p.121) *"El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad"*.

[89] Para Rosseau (1973, p.88), "O soberano, em primeiro lugar, pode confiar o governo a todo o povo ou a maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados do que cidadãos simples particulares. Dá-se a essa forma de governo o nome de democracia.". Igualmente, Galindo (2006, p.56) que "o filósofo liberal não é um liberal, mas um democrata radical. Sua preocupação fundamental é com a questão da soberania popular na formação da vontade do Estado. Esta teria que ser reflexo da vontade geral. Rousseau não tem a pretensão de conter a soberania mediante a dissociação do poder decompondo-os em esferas independentes e separadas, mas transfere o poder do Estado intacto, do rei ao povo. Para ele, o importante é a igualdade e a soberania popular e não liberalismo e separação de poderes."

[90] Galindo (2006, p.52).

Loewenstein (1976, p.48) a relação "*sociopsicológica entre los detentadores y los destinatários del poder. Para ser reconocido por la masa del pueblo el gobierno necesita estar dotado de autoridad legítima.*", não se podendo olvidar que, por mais que se tenha boas intenções, a autoridade que detenha todas as funções estatais concentradas em si, ainda que não se corrompa, tende a não ser legítima, pois carece de opiniões distintas, para formar um melhor juízo de fato e de direito sobre o acontecer político cotidiano, que é dinâmico por natureza. O fundamental é saber se o governo possui legitimidade[91], seja de origem, ou seja, de procedimento, sendo de somenos relevância se ele se autointitula como república ou monarquia, democracia ou ditadura. Aponta Loewenstein (1976, p.50) um novo critério, afirmando, *in litteris:*

> *Este criterio radica en la manera y forma de ser ejercido y controlado el poder político en la sociedad estatal concreta. La distinción entre la distribuición del ejercicio y control del poder político y la concentración del exercício de poder, que está libre del control, crea el cuadro conceptual para la fundamental dicotomía de los sistemas políticos en constitucionalismo y autocracia.*

O autor afirma que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infralegais inaugurado pelo Direito Estadunidense, por meio do *judicial review*, "*se han constituído em um tercero y autentico detentador del poder no pertenece em absoluto a la teoria clásica de la separación de poderes. Materialmente, pertenece a la categoria del control político.*" (LOEWENSTEIN, 1976, p.67-68). Assim, a divisão clássica de poder está superada, pois segundo Loewenstein (1976, p.37) "*[...] se obtiene uma versión más realista aplicando la nueva división tripartida: determinación de la decisíon, ejecución de la decisión y control político.*"[92] Doravante, a distribuição de poder só ocorre quando mais de um entre os diversos detentores do poder, "*[...] participan em la formacion de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder.*" (LOEWENSTEIN, 1976, p.50)[93]

---

[91] Para Bobbio (1987, p.93), nitidamente influencidado por Niklas Luhmann (1987, p.111), "[...] nas sociedades complexas que concluíram o processo de positivação do direito, a legitimidade é o efeito não da referência a valores, mas da aplicação de certos procedimentos instituídos para produzir decisões vinculatórias, tais como as eleições políticas, o procedimento Legislativo e o procedimento Judiciário.". Ou seja, a legitimidade, para o autor peninsular, torna-se uma prestação do próprio sistema. Estados democráticos contemporâneos caracterizam-se "[...] pela alta diferenciação dos papéis e alta autonomia dos subsistemas [...]".

[92] Miranda (1967, p.273) afirma que "A técnica jurídica hodierna da apreciação das leis e atos administrativos, quanto à sua constitucionalidade, é posterior ao objetivismo apriorístico de Montesquieu, posto [sic] que se tenha acomodado à doutrina da separação de poderes [sic]. Na prática, os fatos mostraram não existir separação de poderes [sic] inteiramente coincidente, com a distinção teórica., mais ou menos abstrata, das funções. Para Moraes Filho (2003, p.154), "[...]a compreensão do princípio da separação de poderes não pode limitar-se à sua configuração normativo-constitucional, fazendo-se necessária a integração de tal configuração com o processo político efetivo, em outras palavras, um diálogo permanente entre a teoria constitucional e a teoria política."

[93] Também se compreende que, a distribuição existe, tanto no sistema de governo presidencialista, como no sistema parlamentarista, embora na reciprocidade de interdependência dos distintos detentores do poder não haja simetria entre

Não obstante, impõe-se frisar que, para Loeweinstein, o Poder Judiciário, controla, mas não é controlado pelos demais detentores do poder; embora haja aqui uma razão de ser, pois como afirma Hamilton (1984, p.576) "o Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres", daí sem participar nem da espada, nem da bolsa, seria o poder menos apto a praticar arbitrariedades, e como reforço, deve-se conferir ao mesmo independência funcional, a fim de manter a imparcialidade de seus julgados.

Observa-se que o Judiciário norte-americano que, em princípio, só mantinha incólume o pacto federativo, intervindo nas questões entre os estados-membros e a união, passou a, posteriormente, tratar de ampliar as competências da união, o que, segundo Loewenstein (1976, p.310-311), "*confirma el hecho de que en cualquier orden estatal federal, es indispensable un órgano para ajustar los conflictos entre el Estado central y los Estados miembros*." O segundo campo de aplicação do Judiciário americano residiu na proteção das liberdade públicas e direitos políticos; embora houvesse um terceiro campo, em que o controle judicial como controle interórgão se faz de modo movediço, pois quando a magistratura resolve decidir sobre o direito de valorar uma decisão que trate de políticas públicas ou uma política econômica implementadas pelo governo ou pelo parlamento, invade a esfera do núcleo político do ato administrativo do governo ou a discricionariedade legislativa, o que deve ser rechaçado; a uma porque o magistrado, por não conviver diuturnamente com questões relativas à políticas públicas, não reúne em si qualidades para melhor avaliá-las; a duas porque a sua legitimidade não é de origem, já que não foi eleito pelo povo; a três,porque não se pode aprisionar todas as questões políticas nos apertados lindes do sub-sistema jurídico, sempre remanescendo um restante de discricionariedade, que é dada diretamente através do sufrágio universal, aos legisladores e governantes; maior para aqueles, por produzirem normas programantes e menor para estes, cuja decisão é norma programada.

> *A la categoría de arbitro soberano sobre el congreso y el presidente, aunque que ambos están elegidos por el pueblo y están obligados a rendir cuentas a los electores, lo que justamente no es el caso de la supreme court. Si el control judicial se aplica a decisiones políticas, adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los tribunales que, teóricamente, no corresponde a la función judicial.* (LOEWENSTEIN, 1976, p.312)

---

estes, pois existe menos independência e maior nível de entrelaçamento, quando o governo se encontra "*[...] incorporado en la asamblea como parte integrante – interpendência por integración – como ocurre em el parlamentarismo, que cuando el gobierno y el parlamento son practicamente autônomos – interdependência por cordinación*" (LOEWENSTEIN, 1976, p.50), como ocorre no presidencialismo.

Aqui se quer tratar do episódio americano intitulado governo dos juízes que ocorreu no inicio do século XX, com conseqüências trágicas para o programa de desenvolvimento daquele país, quando a suprema corte, segundo Loewenstein (1976, p.312) usando cláusulas constitucionais, como a *due process*[94] *"fue capaz de imponer a la nación la ideología económica del laissez faire en contra de la regulación gubernamental sobre la economía y la industria., evitando el acercamiento a la justicia social exigido por las mayorías progresistas.*" Este fato só foi minimizado com a aposentadoria compulsória de parte dos magistrados da Suprema Corte conhecidos *nine old men*, e a posterior renovação, o que diminuiu a distância entre o Judiciário e o povo, com a substituição do peso do controle da propriedade para a liberdade, na rendição da suprema corte ante o Governo e a opinião pública.

Loewenstein (1976, p.325) afirma que, considerar um Tribunal de Justiça como *"árbitro supremo del proceso del poder – y éste es el núcleo de la judicialización de la política – transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una judiciocracia."* Esse aprendizado vem, segundo Loewenstein (1976, p.325) com as Constituições de Weimar e a Lei Fundamental de Bonn, que evitou o excesso de politização do direito[95] e o consequente descumprimento das decisões judiciais, por parte dos demais detentores do poder, sejam eles o povo, o governo ou o parlamento, pois se se confere ao Poder Judiciário o "*derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada – con perjuicio para el Estado de Derecho.*"

Ao evitar o excesso de politização do direito, os intérpretes das duas leis fundamentais alemãs compreenderam bem a idéia de força normativa da constituição, pois limitaram tendências a crescentes expectativas e reivindicações progressivas, que conduzem a sobrecarga e a ingovernabilidade, limitando suas ambições, o que demonstra uma pré-compreensão adequada na sociedade e do Estado em mutação do século XX. Em matéria de política, os excessos são puníveis, do ponto de vista jurídico, ou no plano dos fatos. Razão assiste a Loewenstein (1976,

---

[94] Nery Júnior (1995, p.29-30) entende que "Genericamente o princípio *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico.". Aqui se insere também a igualdade e a intimidade como direitos fundamentais.

[95] Campilongo (2002, p.115) advoga tese similar ao sustentar que "um excesso de politização de poderes considerados neutros (pode-se pensar no Judiciário e respeitadas as enormes diferenças estruturais e funcionais, também no Exército) pode ser interpretado como um sintoma de debilidade e crise das instituições democráticas e representativas. Em momentos de impasse, caberia ao poder neutro, isto é, desvinculado do circuito político-eleitoral, assumir uma postura de árbitro, de garante de uma decisão."

p.325) quando leciona que "*En el proceso del poder, un máximo montaje de controle interórganos no significa siempre un resultado óptimo*"; o que não se deve exigir do Governo e do Parlamento, pois, segundo Loewenstein (1976, p.267), em Estados de Direito Democráticos "*La completa independencia del gobierno frente al parlamento significa autoritarismo y autocracia [...] porque el gobierno es siempre gobierno de partido.*"

> *La clasificación de un sistema politico como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político este distribuído entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores de poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder contituídos en destinatarios supremos del poder.(...)La constitución se convertió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.*(LOEWENTEIN, 1976, p.149)

Loewenstein (1976, p.50) clarifica a idéia de distribuição e controle de poderes estatais afirmando que a distribuição de poder ocorre quando "*[...] varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan em la formacion de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a um respectivo control a través de los otros detentadores del poder.*"Assim, só há um poder, a saber, a soberania do povo, da qual se parte, para uma compreensão adequada do conceito de funções do estado. Embora, historicamente, o poder tenha sido personificado, e atribuído a uma pessoa, a sua evolução daquela se apartou, sedimentando-se em instituições, das quais, sobressai-se o Estado, que surge como a mais importante de todas, porque titulariza o poder popular[96], entregando, apenas o seu exercício a governantes, permanecendo, em grau de abstração, permanência e exclusividade, na soberania popular; o que o reveste de maior estabilidade.

Rocha (1995, p.12) afirma que as funções estatais são "o exercício do poder do Estado, através de procedimentos típicos, previamente estabelecidos pelo direito, tendo em vista a consecução dos seus fins. Se o poder continua uno e indivisível, o seu exercício, por cada uma das funções estatais, pressupõe harmonização entre tais funções, não havendo razão suficiente para conceber uma separação estanque entre Legislativo, Executivo e Judiciário, mas uma separação relativa, que vislumbre, concretamente, a possibilidade de controle de um poder sobre o outro.Tal controle é exercido pela atribuição de funções atípicas de cada poder, com vistas a evitar que o outro poder, exerça com exclusividade a sua função típica, de modo que, e.g., embora o Judiciário julgue em grau de definitividade, também deve, eventualmente, produzir atos normativos infralegais, para facilitar sua autogestão.

O fato de cada poder ter funções atípicas não desnatura suas funções típicas, ao contrário reforça-as, pois a idéia de poder está associada a de controle, de modo que cada função estatal controla e é controlada pela outra; muito embora, como já se destacou, ao Poder Judiciário não há previsão de controle dos ato de julgar, sob pena de se influir no livre convencimento motivado do magistrado, retirando a sua independência funcional; embora deva haver o controle social exercido pela opinião pública e um controle externo, embora apenas para fiscalizar a administração da justiça, prazos processuais e desvio de conduta, praticado por magistrados. Soma-se a isto o arejamento produzido pelo Poder Legislativo, que modificando leis, impões novas normas programantes para o Judiciário. Também há o controle do Executivo, por meio da nomeação dos membros dos tribunais superiores. Esta interpenetração de funções estatais no século XX, intensificada pelo advento de novas e crescentes demandas sociais se encarregaram de colocar, definitivamente, por superado o dogma da separação de poderes, sobretudo, caso se pense na modalidade parlamentarista de sistema de governo, onde o Poder Legislativo e o Executivo não estão separados, nem pessoalmente, nem funcionalmente.[97]

Mesmo no sistema presidencialista, em menor medida, as funções estatais se entrelaçam, como ocorre, e.g., através da participação cada vez maior do Executivo, na produção de leis, tanto na iniciativa do projeto, como no ato de aquiescência do chefe do Executivo, traduzido na sanção. Por fim, o que se intitula teoria 'clássica" da constituição envelheceu, com a crescente heterogeneidade das concepções filosóficas,morais ou religiosas do bem, animadas pelo processo de urbanização, que reduziu espaços entre as pessoas, forçando-as ao diálogo e ao respeito as opiniões destoantes, não devendo, portanto ser considerada teoria com o status de teoria científica, mas uma miscelânea assistemática de dogmas do constitucionalismo surgido com o período ilustrado, cuja dispersão teórica é latente.[98]

---

[96] Igualmente, Miranda (1997, p.86) concebe que "Governo representativo significa a forma de governo em que se opera a dissociação entre a titularidade e o exercício do poder."

[97] Tratando da superação do dogma da separação de poderes no século XX, entende-se que: "*Un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder Legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente*". (LOEWENSTEIN, 1976, p.55)

[98] Pensa Galindo (2006, p.42), nesta linha, ao afirmar que "Constitucionalismo é essencialmente, sendo, em verdade, o próprio fenômeno direito constitucional e seus diversos desdobramentos, enquanto a teoria da constituição é a construção doutrinária em torno deste fenômeno, formulando explicações e entendimentos acerca dele com o fito de esclarecer o seu conteúdo e analisar os seus paradigmas e seu desenvolvimento, assim como suas perspectivas. No mesmo sentido, arremata Miranda (1996, p.22), aduzindo que" [...] onde está o fenômeno político, aí está o fenômeno constitucional. "Logo, se o político se alarga, o fenômeno constitucional alarga-se forçosamente.", o que nos traz a convicção de que a teoria da constituição é o lugar da política no direito constitucional.

> Não se pode falar em uma teoria da constituição ou mesmo em teorias da constituição, mas apenas em teorias que fazem referência à constituição. Aí a teoria da constituição consiste, na verdade, em fragmentos de teoria política, teoria jurídica , teoria social e filosofia política acerca do objeto constituição, só constituindo um saber mais sistematizado a partir de fins do século XIX e sendo efetivamente delimitada no século XX. (GALINDO, 2006, p. 54)

Não obstante, os países centrais e os Estado de modernidade tardia, trabalharem, segundo Campilongo (2002, p.104) com "uma inclusão generalizada do público – essa é a marca típica das democracias políticas deste século. O mesmo não se dá com o direito e a economia, notadamente na periferia dos sistemas jurídicos de estados de modernidade tardia é mais exposta a irritações vindas do ambiente, o que força a conclusão de Campilongo (2002, p.169) segundo a qual "A hipercomplexidade dos países periféricos multiplica de forma trágica a tendência ao 'não'." Em um Estado central, o governo opta por poucas opções, tais como a reforma de uma escola ou de um hospital, ou a construção de uma nova área de lazer; enquanto em um país periférico, além das opções já declinadas se deve escolher sobre o saneamento básico de uma favela, calçar uma rua, a construção de casas populares, dentre outras necessidades, todas urgentes; o que leva a um grau de irritação social maior, quando se opta por uma política pública, e abandona muitas outras, ressurgindo, de maneira, crescentemente, intensa as reivindicações relativas às propostas não acolhidas rejeitadas.

Em um contexto de países periféricos, onde ainda ocorre o sentimento de impunidade ante a corrupção, tendente a generalização, na política estatal, que dilapida os já diminutos recursos públicos só se pode chegar a conclusão de que, consoante Campilongo (2002, p.170), "A escassez não é só de acesso ou inclusão, mas de benefícios reais."

2 REALIDADE CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

> "Nas favelas, no Senado, sujeira pra todo lado. Ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação. Que País é este?"
> (Renato Russo)

O estado de direito do século XIX, de feição nitidamente liberal, envelheceu na segunda metade daquele século. Com a massificação da sociedade urbana, alavancada pela revolução industrial, que forçou o fluxo migratório do homem do campo para a cidade, não mais foi possível sustentar a 'teoria' da constituição do século XIX, que isolava separação de funções estatais e direitos fundamentais, deixando de ser razoável na medida em que as crescentes doutrinas abrangentes passaram a não se adequar a Constituição em sentido lógico-positivo.

Por pluralismo, entende-se "[...] a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia.". (RAWLS, 2003, p.47), e não deve ser observado sob uma perspectiva negativa; a uma, porque a democracia atual pressupõe o respeito ao dissenso conteudístico, desde que razoável, em dado momento histórico; a duas, pois há uma riqueza de comunicações advindas da periferia do subsistema político, algumas aptas a transformar o não-direito em direito; a três, porque é premissa da filosofia política o respeito a diversidade. Rawls sustenta que nenhuma Constituição estatal deve optar por uma doutrina abrangente, ainda que razoável, para servir de orientação para o futuro de uma sociedade civil, pois, caso contrário, teria-se o que o autor intitula de fato da opressão, que ocorre caso se entenda por comunidade "[...] uma sociedade política unificada em torno da afirmação de uma única e mesma doutrina abrangente, então o uso opressivo do Estado com seus conseqüentes crimes é necessário para manter a comunidade política."(2003, p.47). Nas palavras de Diniz(1999, p.76):

> A unidade política de ação que se denomina Estado, não mais pode ser concebida segundo os parâmetros da teoria do Direito constitucional do século passado [século XIX], pois ela não mais se encontra corporificada na vontade uniforme de um povo soberano ou de uma classe.

Daí a discordância da idéia de povo, com uma só concepção homogênea do "bem", pois, se nesta época seria improvável pensar em uma pluralidade de vontades, havia sim uma complexidade cada vez mais intensa na sociedade, motivada pelo aumento gradativo das comunicações inter-pessoais, cuja mola-mestra fora o agrupamento do proletariado na periferia das áreas urbanas, o que favorecia o aumento da contingência, sobretudo com a revolução industrial ocorrida neste período histórico, que serviu de contra-ponto a ideologia liberal. Segundo ALBUQUERQUE,

> As próprias relações sociais ganham novo significado no âmbito da divisão estatal de funções, surgindo um padrão de vida organizado oposto à tendência de contínua fragmentação entre os âmbitos de interação e sociedade. Esta relação seria hoje mais cooperativa do que de conflito superando a idéia do estado liberal como estrutura bipolar, reativa e pontual. (ALBUQUERQUE, 2003, p.50)

O autor sinaliza para uma nova construção, segundo a qual a divisão de funções estatais "não devem ser entendidas como autênticas divisões do domínio estatal, representando antes formas de adaptação a dinâmica da vida política." (ALBUQUERQUE, 2003, p.63)

> [...] pode parecer, portanto um paradoxo que a chamada divisão de poderes do Estado só possa ocorrer e viabilizar-se se não for constantemente colocada a prova, o que se explica pelo fato de Direito e Política estarem tão próximos que necessitam de impedimentos institucionais, limitações e figuras hermenêuticas adequadas, como o da imparcialidade do juiz." (ALBUQUERQUE, 2003, p.65)

Os Tribunais de Justiça atuariam, portanto, como "filtros políticos perante as diversas pressões existentes, deixando passar somente as juridicamente relevantes, ao tempo em que garantem uma ligação informal com a política [...] Exclui-se, portanto, toda relação imediata da ciência com a jurisdição constitucional." (ALBUQUERQUE, 2003, p.121), já que esta (como toda jurisdição) é "produção casuística do direito (produção e reprodução), mas também de uma decisão jurídica(e não simples ato cognitivo) (ALBUQUERQUE, 2003, p.121).[1]

---

[1] Também Campilongo (2002, p.106), ao tratar de controle de constitucionalidade de leis e controle de legalidade dos atos administrativos, concebe que as funções judiciais possuem projeção política, "Apesar disso o Judiciário tem uma visão necessariamente casuística, descontínua e fragmentária, própria de quem examina os problemas nos limites da lide proposta pelas partes (comutativamente) e não com referência a totalidade de relações circulares entre o público, o político e o administrativo (distributivamente).[...]Toda e qualquer pressão exercida sobre os juízes – à margem do direito de ação e ampla defesa das partes processuais – é duramente censurada tanto pela deontologia da magistratura quanto pelos códigos de ética das demais profissões jurídicas. O que é legítimo para o sistema político é ilegal para o sistema jurídico."

Embora o constitucionalismo clássico tenha sido de programaticidade infértil, serviu de paradigma, para a desconstrução e reconstrução dialética do estado de outrora, pois confrontado com o constitucionalismo do estado socialista, serviu de base para, transmudar-se em um constitucionalismo do Estado Social de Direito, de conotação eminentemente democrática. Destas contradições do Estado liberal, surge o Estado social e com ele um correspondente constitucionalismo, que se preocupa mais com a intervenção estatal na economia[2], e a inclusão social dos chamados hipossuficientes.[3] Sob o influxo deste constitucionalismo social, surgem duas propostas de rever a teoria do estado do século XIX, e sua teoria "clássica" da constituição", ambas substituindo-a por uma teoria da constituição. A teoria pura do direito de Kelsen, que enxergava a constituição como exclusivamente norma jurídica e as Teorias Materiais da Constituição, que não viam a constituição como simples norma jurídica, mas como "como lei global da vida política do Estado e da sociedade (SCHMITT; SMEND). "Finalmente, a terceira proposta busca a renovação metodológica completa da Teoria Geral do Estado, que deveria ser substituída pela Teoria do Estado como ciência da realidade. (HELLER)". (SOUZA NETO, 2003, p.88)

> A Autonomia [da teoria da constituição] se dá na segunda década do século vinte com a 'teoria da constituição', de Carl Schmitt e constituição e direito constitucional, de Rudolf Smend. Mas não se pode esquecer da obra de precussores da teoria constitucional como Ferdinand Lassalle, assim como Hermann Heller, teórico do Estado, e o próprio Hans Kelsen, cuja teoria jurídica reflete em significativo grau de importância na teoria da constituição. (GALINDO, 2006, p. 59)

2.1 A contribuição das teorias de Lassalle e Schmitt

Para Lassalle (1998, p.32), contrariando o liberalismo político do século XIX, a constituição real não é a "folha de papel", como documento formal e solene, cuja aprovação é dada por representantes do poder constituinte originário, mas a "soma dos fatores reais do poder que regem uma nação." Para o autor, as questões constitucionais se apresentam como problemas políticos,

---

[2] Esta é a tese de Zagrebelsky (2005, p.99), para quem "*el Estado representa al menos el instrumento sine qua non de un orden de justicia no espontaneo. [...] Ni Estado abstencionista ni mera subsidiariedad del Estado, como sostienen las concepciones minimalistas de la teoría liberal y la doctrina social de la iglesia católica*". E arremata o autor afirmando que "*El ámbito, por excelencia de la intervención estatal sigue siendo, como siempre, el del ejercicio de los derechos económicos*"; embora seus objetivos tenham se ampliado, com a progressão geométrica de expectativas sobre redistribuição de bens materiais, com justiça social.

[3] As idéias socialistas influenciam o advento do Estado social, sobretudo na versão socialista soviética, embora a Europa ocidental prefira realizar o Estado social sem romper com o capitalismo, tendo que suportar a relação difícil entre democracia e estado de direito. Surge desta tentativa o *welfare State*, modelo de Estado que adota um pluralismo político sem ignorar a luta de classes, na tentativa de transformá-la, em cooperação mútua. Coincidindo historicamente, com este novo modelo de Estado, surge a teoria material da constituição, que se dá, partir do surgimento do constitucionalismo social da Carta Mexicana de 1917 e da Carta de Weimar.

que sempre predominam em relação à força normativa da Constituição; de modo que a Constituição 'folha de papel' deve se ater a reprodução total da constituição real, para que mereça a nomenclatura de Constituição, refletindo os "fatores reais do poder": rei, burguesia, nobreza, os sindicatos etc.[4] Lassalle estava, aos olhos do mundo hodierno, equivocado, pois cabe ao direito constitucional a missão precípua de proteger as bases de seu próprio advento, resistindo contra os "fatores reais do poder", sobretudo porque, no século XX foi se consolidando a idéia de normatividade constitucional, passando a Constituição a ser *legis*, em contraponto a Constituição do século XIX, e esta transição possibilitou a consolidação de uma genuína teoria da Constituição.

Na mesma linha de uma realidade constitucional, apartada da normatividade, Schmitt (1996, p.45 ss.), propõe uma siste2matização epistemológica, entendendo a Constituição como decisão política de uma sociedade, a partir do que denomina conceito positivo de constituição, buscando superar a divisão gerada pelo positivismo de caráter normativo, contribuindo para a reabilitação da política na teoria da Constituição.[5] Saldanha (2000, p.199 ss.) salienta que, com a teoria de Schmitt tem-se uma preocupação específica com a teoria da constituição, através de uma discussão histórico-sistemática e tipológica do objeto Constituição. Para Galindo (2006, p.68), Schmitt, marginaliza a força normativa da Constituição e coloca como fundamento do direito, um ente metajurídico, nomeadamente, a decisão política, e desta para uma entidade que está fora do jurídico, a saber, a teologia. Basta observar que "1) detém a soberania aquele que decide acerca do estado de exceção; 2) todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados."

Deve-se criticar a primeira assertiva, pois vincula a soberania exclusivamente ao Estado, através de suas autoridades, que desapegadas ao texto normativo, decidem, muito mais como ato de vontade; embora se reconheça que Schmitt diferencie direito de arbitrariedade, e condene o decisionismo desvinculado de racionalidade. Ademais, resgatou o lugar da política no direito

---

[4] Para Lassale (2006, p.19), os fatores reais do poder são "[...] essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.". Mais adiante, Lassale (2006, p.46), afirma que "a relação que guardam entre si as duas Constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e esta outra escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel. E em arremate final, Lassale (2006, p.64) sustenta que "Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país."

[5] Para Bercovici (2003, p.92-93), "Com a Teoria da Constituição, Schmitt busca superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional."

constitucional[6], ao defender a idéia de que o jurídico só pode ser pensado através do político[7].Com a fundamentação do jurídico através da teologia secularizada, termina por deixar o agente político com ampla discricionariedade, ensejando a que magistrados quase não tenham controle sobre os demais poderes, que tendem ao arbítrio.

Não obstante as críticas, para Galindo (2006, p.70), Schmitt é precursor, pois apresenta as seguintes teses sobre a teoria da constituição:

> 1) conceito de constituição; 2) poder constituinte legitimidade da constituição; 3) o Estado de Direito burguês e seus aspectos constitucionais como princípios e direitos fundamentais e divisão de poderes; 4) os elementos políticos da constituição moderna, como a democracia e o sistema parlamentar; 5) uma teoria constitucional da federação.

Vale destacar o conceito Constituição, que o autor considerava como principal, que se traduz no conceito positivo de constituição, segundo o qual, a Constituição nasce como manifestação do poder constituinte, ato este que constitui a forma e o modo da unidade política do Estado. É um ato decisório, um momento em que o poder constituinte toma uma decisão política fundamental de organização da sociedade. Este ato constituinte estabelece a forma da unidade política cuja existência é anterior. (SCHMITT, 1996, p.45 ss.).[8] Viu Schmitt somente uma das faces da Constituição, a saber, a realidade constitucional. Embora não se negue que haja um caráter de decisão jurídico-política, este só está mais presente no nascimento de uma constituição, já que, ao contrário do poder constituinte derivado, não há limitação jurídica ao poder constituinte originário.[9]

---

[6] Para Bercovici (2005, p.78), "O Direito Constitucional é o direito do político, é a ligação do político com o jurídico."

[7] Para Schmitt (1996, p.144), "*El ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina en una conformación judicial general de toda la vida del Estado. […]Pues el juez es 'independiente', sólo a condición de que haya una norma de la que dependa, tanto más incondicionalmente cuanto que por 'norma' es preciso entender una regla general fijada de antemano. […]El juez, como tal, no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la ley*". Arremata o teórico do 3º reich, afirmando que "*el Legislador mismo queda vinculado a su propria Ley y que su facultad de legislar no es el medio para una dominación arbitraria. La vinculación del legislador a la Ley es posible, sin embargo, sólo en tanto que la Ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la Ley es una norma general. "* (SCHMITT, 1996, p.150).

[8] Para Schmitt (1996, p.94) "*Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser"*. Arremata o autor*: "[…] se pacta la Constitución entre príncipe y representación popular, entonces hay un compromiso dilatorio en tanto que el príncipe no renuncie expresamente a su poder constituyente y reconozca en su lugar el fundamento democrático, el Poder constituyente del pueblo*." (SCHMITT, 1996, p.74).

[9] Comentando Schmitt, Bercovici (2003, p.94) considera que "Se a Constituição for considerada apenas em seu sentido formal, como Constituição escrita, está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso, o conceito de Constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo." O conceito schmittiano de constituição do estado de direito é ideal, de modo que para Bercovici (2003, p.94-95) "[...] o Estado de Direito só pode integrar

2.2 O legado da teoria normativa da constituição de Kelsen

Distintamente de Schmitt e Lassalle, Kelsen (1990, p.125), tratando da validade jurídica, estabelece uma identidade entre positividade e validade, no sentido de que se uma norma jurídica existe, necessariamente ela é válida, não obstante, em contato com o *Common law* americano, ele revê este entendimento, e afirma que "A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, da sua concordância com a realidade, da sua eficácia.". Ao alicerçar a validade na eficácia, Kelsen condiciona a validade de uma ordem jurídica a sua concordância com a realidade social, de onde se conclui que acabou por admitir que o dever ser, traduzido na validade, estava na dependência de um ser, de modo que a Constituição não seria mais só uma norma jurídica, mas também uma realidade constitucional, embora o mestre de Viena não tenha admitido expressamente.

Embora Kelsen (1994, p.81-82) afirme reiteradas vezes que a teoria pura limitava-se a descrever a norma jurídica, nada prescrevendo, ele a todo o momento trata sua teoria como constitutiva, produzindo seu objeto, *ipsis litteris*:

> Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, 'produz' o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.

A sua Teoria se limitava a descrever o seu objeto, ocupando-se da descrição de conteúdo exclusivamente lógico da norma jurídica, desprezando os conteúdos sociológico e axiológico. Não há como não perceber que, se Kelsen entende que sua teoria também tem caráter constitutivo, pois admite que o cientista do direito também cria o seu próprio objeto, e neste sentido não há mais que se falar, com exclusividade, no estudo do direito que é, pois este é descritivo. Observa-se claramente o caráter constitutivo da teoria pura, quando Kelsen (1994, p.397 ss.) dizia que os critérios da hermenêutica tradicional de Savigny e os demais métodos de interpretação não eram suficientes, pois conduziam a respostas apenas possíveis, jamais um resultado que fosse o único correto.

Para Kelsen (1994, p.388 ss.) só havia duas formas de interpretação, a saber, a interpretação autêntica, que provinha do Estado, e embora tenha um mínimo de cognição, prevalecia nela um

---

uma parte da Constituição total do Estado. A outra parte da Constituição total é a que contém a decisão sobre a forma de decisão política. [...] a separação de poderes e os direitos fundamentais não fariam parte do conteúdo político essencial da Constituição."

ato de vontade; e a interpretação não autêntica, que era praticada pelos doutrinadores e pelas pessoas de um modo geral. Frise-se que esta era um ato de cognição e que para ele não criava o Direito. Kelsen (1994, p.387) concebia a interpretação como "uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior". O mestre de Viena entende que não se pode dissociar o ato de interpretar do ato de aplicar a norma jurídica, de modo que este ato é a continuação daquele, a complementação dele. A progressão a que se refere o Mestre de Viena atinge o seu final naquilo que intitula norma jurídica individual, a saber, a sentença judicial.

Nesta seqüência, onde a norma geral produz a norma individual, reside o ato criativo, pois a norma superior não vincula a norma inferior, em todos os seus aspectos.

> A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 1994, p.388)

Em outras palavras, considerava que norma geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há se produz a norma jurídica individual.

> Todo ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução é em parte determinado pelo Direito, e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) como a conseqüência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. (KELSEN, 1994, p.388-389).

Neste sentido, vale o comentário segundo o qual não é plenamente tangível o processo de subsunção, de modo que, para Kelsen, o fenômeno da concreção do direito, onde a norma superior, por não ser completamente determinada, incide sobre um fato, que é conteúdo daquela mesma norma, dando origem ao direito, é também criador do Direito. É bem verdade que, para Kelsen (1994, p.395), só há criação do Direito quando a interpretação seja levada a termo por um órgão do Estado, a chamada interpretação autêntica, pois, para ele, "A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica."

Kelsen não é dogmático, pois admite que o cientista cria seu próprio objeto e que o juiz, embora tenha uma mínima cognição, julga por ato de vontade, tendo a oportunidade de criar uma

norma jurídica fora da moldura traçada pelos doutrinadores.O magistrado 'kelseniano' adota posição normativa inovadora e abandona aqueloutras posições normativas existentes das quais partiriam os que se dizem dogmáticos do direito, embora para isto, tenha ele eliminado a diferença entre a aplicação e a criação do Direito, que se de um lado é positiva, pois a dinâmica da vida social reclama uma reinterpretação da norma jurídica, que perde a eficácia com as mutações do corpo social; de outro, é negativa, pois ultrapassados os lindes do Direito positivo, não há segurança para esta mesma sociedade, quando em contato com regimes autoritários, que através da interpretação fora da moldura, pode fazer prevalecer a lei do mais forte, regredindo-se a gênese do direito, com a autotutela.

Apesar de admitir que o teórico cria seu objeto, a todo momento, sustentava que a teoria nada prescrevia, apenas o descrevia, o que representa uma contradição imanente à teoria pura. Kelsen entende que sempre uma norma superior será fundamento de validade de outra norma[10], que adquire validade se for produzida em conformidade com a forma prevista na norma superior. Percebe-se que o autor privilegia, claramente o momento normativo, em detrimento da realidade social. A Constituição, no sentido jurídico-positivo é a norma de maior hierarquia do direito positivo, sendo o fundamento de validade das demais normas jurídicas, só ficando abaixo da Norma Fundamental Hipotética[11], não posta, mas pressuposta.

> Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada. (KELSEN, 1994, p.221)

Percebe-se a idéia de supremacia constitucional, em Kelsen (1997), pois ao tratar de Constituição escrita, defende que a mesma deve ter uma forma de alteração mais dificultosa do que as normas infraconstitucionais. Bercovici (2003, p.92) capta este momento de maior

---

[10] Em igual sentido, Campilongo (2002, p.79) considera que "Reprodução autopoiética do sistema jurídico é simplesmente produção do direito através do próprio direito. Kelsen também dizia que o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma e não um fato".

[11] Ocorre que Kelsen (1995, p.426), afirma, *a posteriori*, que "o que está envolvido, simplesmente, é lá um mínimo de metafísica, e aqui, de Direito natural, sem os quais, não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito [...] a teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina de Direito natural em conformidade com a lógica transcendental de Kant". Já no final de vida, Kelsen (1986, p.328) admitiu que "A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa um norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou 'verdadeira' ficção no sentido da vaihigeriana filosofia do como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma", o que lhe valeu a crítica de Vasconcelos (2003, p.3), segundo a qual "A ausência desta norma[fundamental hipotética] deixa o sistema desmobilizado e desfigurado a tal ponto, que já não se poderia mais fazer a distinção entre a ordem legal de um agente público e o grito de um assaltante que, de arma em punho, exige a carteira de alguém."

relevância da teoria da constituição em Kelsen, afirmando que o mestre de Viena logrou substituir a "Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição [...] a base da Constituição não é o Estado ou a 'força normativa dos fatos', mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta", esclarecendo que se deve diferenciar a norma fundamental hipotética como constituição em sentido lógico-jurídico, da Constituição posta, escrita ou não, e neste sentido há a passagem da antiga razão de estado hegeliana para a razão da constituição. [12]

Diferencia Kelsen a Constituição formal da material, o que possibilita a que a constituição no sentido jurídico-positivo, possa assumir qualquer conteúdo, e nisto ele combate a idéia liberal, segundo a qual só é materialmente constituição se o texto normativo-constitucional tratar exclusivamente de organização dos poderes do Estado e de direitos e garantias fundamentais individuais, abrindo a possibilidade de que sejam alçados ao status constitucional, direitos fundamentais de caráter prestacionais. Preocupado em construir uma teoria de elevada abstração e generalidade[13], o mestre de Viena, praticamente ignorou a realidade constitucional, não se observando em sua teoria da constituição as vivências constitucionais de cada Estado, em um dado momento histórico, compreendidas em suas concretudes sócio-econômica e política, integrando-se em uma unidade as realidades política e jurídica. É dizer, com Bercovici (2003, p.132) que "Não há uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias da Constituição adequadas à sua realidade concreta. A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição."[14]

---

[12]. Para Albuquerque (2003, p.14), "Será fundamental para a racionalidade jurídica que as expectativas normativas sejam repartidas de modo que as instituições mantenham uma feição coerente e orgânica, perante as mudanças de padrão de comportamento social". Para este mister, a jurisdição revelar-se-á como instância fundamental de mediação, contribuindo para estabilizar o sistema social como um todo. Neste sentido, García (1998, p.74-75 apud BERCOVICI, 2003, p.91): "*Pero no lo es menos que sus rectificaciones a la lógica jurídica del positivista clásico(con la crítica, por ejemplo, a la distinción entre ley formal y material), y la eliminación arbitraria de las identidades entre pueblo y Estado, le íban a permitir convertirse en pionero y protagonista de esse singular cambio histórico que supuso el paso de la razón de Estado a la razón de Constitución.*"

[13] É que para Kelsen (1994, p.1), "A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação."

[14] Por derradeiro, deve-se compreender que há uma convergência entre Schmitt e o normativismo kelseniano, na medida em que, em ambos, encontra-se presente a "[...] exigência da distinção clara e inequívoca entre o direito e o mero exercício arbitrário de um poder." (GALINDO, 2006, p.68); não obstante a hierarquia entre poder e norma, que cada uma destas teorias reproduziram, tenham sido o móvel da superação de ambas.

2.3 A realidade sociológica da constituição

O isolamento entre ser e dever ser, entre prescrição e descrição, entre normatividade e faticidade foi observado por Heller (1992, p.296), que termina por criticar Kelsen e Schmitt, ao considerar que *"[...] toda teoria que prescinda de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal*." O autor tenciona afirmar que, deve-se considerar que a realidade constitucional e a normatividade, embora distintos, relacionam-se em processo dialético, de modo que a Constituição Estatal forma um todo, em que se complementam ser e dever ser, este influenciando aquele e vice-versa. Não se pode abdicar de um mínimo de homogeneidade social[15], pelo que os direitos fundamentais permanecem com a pretensão de validade geral[16]. Para Souza Neto (2006), torna-se, doravante, indispensável a elaboração de critérios materiais para fixar a esfera de fundamentalidade dos direitos; de forma que só gozam deste status, os preceitos que configuram as condições para a cooperação na deliberação democrática e estas condições são a liberdade e a igualdade, bases para o seu conceito de constituição.[17]

Neste sentido Souza Neto (2006), ao buscar um consenso conteudístico[18], entende que a igualdade e a liberdade são direitos fundamentais responsáveis pela construção de uma esfera pública pluralista. Para Neves (2006, p.154), "Sem os direitos fundamentais referentes a liberdade e a igualdade não se construiria uma esfera pública pluralista, nem haveria as condições de emergência do dissenso". Forst (1996, p.125 apud NEVES, 2006, p.183) afirma que "sem um certo grau de igualdade social, não pode haver participação política igual ou igualdade jurídica formal (como, por exemplo, chances iguais de acionar os seus direitos).". Compreende-se, pois, o

---

[15]Para Heller (1992, p. 248), *"La relativa homogeneidad puede ser una de las causas de la unidad del Estado, pero, a la inversa, esa homogeneidad puede ser el resultado de la acción de la unidad estatal. Nunca sin embargo, el carácter relativamente unitário,en lo natural o cultural, de los habitantes podrá engendrar por si mismo la unidad del Estado. Ésta solo puede concebirse, em última instancia, como resultando de una acción humana consciente, de uma formación de unidade, como organización.*"

[16]Esta é a tese de Albuquerque (2003, p.108), segundo a qual "[...] apesar da especialização do direito, os direitos fundamentais mantêm a pretensão de validade geral."

[17] Para Souza Neto (2006, p.225), "A constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática."

[18] No entender de Souza Neto (2006, p.64-65), "Não se trata de afirmar que o sistema de princípios das democracias constitucionais seja sempre coerente. Em diversas ocasiões, não será de fato, passível de harmonização em um caso concreto. Mas isso é um fenômeno residual, embora freqüente, a ser resolvido, só então, através da ponderação."

porquê de Estados com alta concentração de renda situada em uma minoria populacional, como o Brasil, conduzam à gradual destruição da cidadania, pelo excesso de desigualdade fática, que desencadeia o desestímulo para a cooperação social.[19]

Não se advoga uma busca de igualdade fática, mas se reconhece a necessidade premente, sobretudo em Estados periféricos de que ”É preciso distribuir o produto social de maneira desigual mas legítima, no entanto: as decisões da autoridade, output do sistema político, requerem um input de lealdade por parte dos cidadãos.” (RUIVO, 1989, p.85). Aqui se está diante de um paradoxo, pois se é necessário, para que haja cooperação social, que haja uma desigualdade fática, justificável com base na justiça social, como requerer um *input* de lealdade dos cidadãos hipossuficientes?[20]A igualdade jurídica não é só pressuposto da democracia, mas também meta a ser buscada com a democratização, tanto dos poderes estatais, como da própria sociedade civil. As pressões sociais em conflito, que tendem a fazer superar o modelo liberal de organização jurídica, “pressupõe a consciência da diversidade e a compreensão do tempo histórico.” (FARIA, 1989, p.107) .[21] Não há como existir efetiva participação do povo, se há pudores em se admitir que ricos e pobres sejam tratados de modo distinto, mormente em Estados que estão ou se aproximam da condição de periferização, o que só reforça a necessidade de uma cultura que fomente a idéia aristotélica da igualdade-proporcionalidade, para justificar uma discriminação na produção normativa, proporcional ao nível de desigualdade social e regional, favorecendo a integração igualitária de todos nos procedimentos do Estado de Direito Democrático.[22]

---

[19] Rosseau (1973, p.72), “Quanto à igualdade, não se deve entender por essa palavra que sejam absolutamente os mesmos graus de poder e de riqueza, mas, quanto ao poder, que seja distanciado de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude do posto e das leis e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja suficientemente opulento para poder comprar um outro, e não haja nenhum tão pobre que se veja constrangido a vender-se [...]”.

[20] Resgatar este estímulo para a cooperação da sociedade civil passa, necessariamente, pela criação e o fomento de um mínimo de consenso sobre a diversidade, sobre o diferente, respeitando-os. A igualdade não deve ser somente buscada pela democracia, como pensa Canotilho, mas um mínimo de igualdade já deve estar na base do tratamento referente às políticas públicas, preferentemente, àquelas que visam atacar as causas das desigualdades sociais e regionais, tais como a autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas e o controle, verdadeiramente, externo do Judiciário e dos órgãos estatais essenciais a justiça, e.g., Ministério Público e Defensoria Pública.

[21] Corroborando com esta tese, Ruivo (1989, p.76) entende que: “[...] falamos da dupla ficção, neste segundo fator de desconexão entre sistema sociopolítico e aparelho judicial, porque se [...] o ‘poder’ judicial é algo de ilusório a partir da própria teoria que o alicerça, muito mais confusa se torna a sua configuração e definição a partir do momento em que aceitemos a existência de um enorme abismo entre os conceitos político-jurídicos que dizem reger a atividade estatal e as formas reais de formação, distribuição e exercício do poder político na atualidade.”

[22] Neves (2006, p.174) entende que “[...]quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra determinados grupos principalmente nas hipóteses em que ela implica obstáculos relevantes ao exercício de direito, tanto mais se justifica a discriminação jurídica afirmativa em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos nos diversos procedimentos do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, o princípio constitucional da igualdade

A ampliação da cidadania, beneficiando grupos historicamente explorados, e.g., mulheres, negros, pobres, índios, deficientes físicos, homossexuais revela-se uma evolução positiva da cidadania[23]. Fala-se de uma igualdade inerente à cidadania, quando esta ampliação dos direitos, incluindo os civis, políticos e sociais, possibilita os direitos decorrentes das discriminações inversas, que introduzem vantagens para o grupos socialmente discriminados promovidos através de ações afirmativas[24],que não se confundem com os mecanismos gerais de compensação de desigualdades sociais[25]. Percebe-se uma ruptura da concepção universalista clássica dos direitos fundamentais, através da abertura à fragmentariedade de grupos, sem inobservar a igualdade-identidade. Reconhece-se cada vez mais no século XXI o direito de ser diferente, exigindo-se que a Constituição seja um reflexo da esfera pública plural, concomintante a exigência que a constituição molde a esfera pública, para que não perda a sua força normativa:

> Só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania como mecanismo político de inclusão social. Havendo bloqueios do processo de concretização constitucional por fatores políticos, econômicos e culturais, a reprodução autônoma do direito não se realiza. Portanto os direitos do cidadão permanecem no texto constitucional, formando a bela fachada de uma 'realidade constitucional' estranha à cidadania. (NEVES, 2006, p.182-183)

Assumir esta desigualdade produz o fomento de ações afirmativas, *de lege ferenda*, como o regime de cotas na universidade pública, para cidadãos egressos de escolas públicas, e *de lege lata*, como a existência de prazos processuais elastecidos para o Defensor Público e para o *Parquet*, pois defendem o economicamente débil.[26] Neste sentido, volve-se à idéia aristotélica da igualdade- proporcionalidade, que demonstra o caráter indissociável entre o princípio da

---

apresenta-se sensível às diferenças presentes na realidade social e inseparável do princípio da proporcionalidade."

[23] Sobre a ampliação da cidadania, Carvalho (2001, p.9), concebe que "Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no ocidente e talvez inatingível.".

[24] Para Neves, "As discriminações afirmativas ou inversas rompem com a concepção universalista clássica dos direitos dos cidadãos, abrindo-se fragmentariamente com relação às diferenças e condições particulares de grupos minoritários, sem que disso resulte negação do princípio da igualdade. Há apenas a pluralização da cidadania (2006, p.178). Para Mello (2002, p.43), "Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após buscar o indispensável apoio do direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica [...]".

[25] Sobre o assunto, Canáris (2002, p.18) afirma que "a exigência de 'ordem' resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença", e neste sentido, consoante o próprio autor, discípulo de Karl Larenz, tanto o magistrado como o legislador estão presos "a retomar 'consequentemente' os valores encontrados, 'pensando-os, até ao fim', em todas as conseqüências singulares e afastando-se apenas justificadamente, isto é, por razões materiais", ou seja, devem atuar com adequação." (CANÁRIS, 2002, p.18-19).

[26] Vide Lei Complementar nº80/1994.

igualdade e o postulado normativo da proporcionalidade[27], sob pena de se cair na armadilha de pensar estar diante de um Estado providência, quando o que existe, por exemplo nos países periféricos, é um Estado assistencialista-clientelista, que a história latino-americana levou ao Estado de segurança nacional[28], que "transforma", *manu militari,* as populações em 'povos'.[29]

A normativização da constituição enfrentou um duro embate por parte dos resistentes dogmáticos, ancorados na concepção de Estado Legislativo do século XIX, segundo a qual os princípios não são normas jurídicas porque não possuem hipótese de incidência, e portanto não poderiam ser aplicados pelos juízes. Zagrebelsky (2005, p.112) sintetizou, afirmando que *"la negación de la posible relevancia judicial de los principios constitucionales constituía una simple radicalización operada por motivos polémicos, de la concepción positivista de la jurisdicción."* Consolidando-se a força normativa da Constituição, percebe-se uma reorganização dos poderes estatais, os quais passam a se limitar mutuamente, com mais intensidade, como forma de dar vazão a esta nova necessidade despertada na humanidade, sobretudo a ocidental.

Não obstante a idéia de conferir força normativa à Constituição, a constitucionalização dos princípios, inicialmente sofre sérias resistências exegeticistas, que, mesmo a contragosto, admitindo o primado da constituição, terminam por consolidar a doutrina de que as normas

---

[27] Para Ávila (2004, p.88), "Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas , princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser aplicadas."

[28] No entender de Lopes (1989, p.128), "O Estado de Segurança Nacional. Idéia surgida e difundida após a década de sessenta do século XX e que não se conseguiu ainda desligar. Idéia esta consubstanciada principalmente no ato institucional nº 5 o qual "retirou do Judiciário a competência para julgar os atos provindos da Presidência da República e do Conselho de Segurança Nacional, ou da Junta Militar de 1969.". Apesar de algumas resistências heróicas, "o Judiciário aceitou e de certo modo legitimou esta intromissão de um outro poder nas suas funções mais próprias, isto é, nas funções de dizer o direito." (LOPES, 1989, p.128) Aqui se percebe a descrença de que o Judiciário possa mudar o curso da história e assumir um papel voluntarista ou idealista, enquanto permanecer esta cultura de estado de segurança nacional, que hipervaloriza o poder executivo. Em linha de arremate, o autor afirma que "Em geral coloca-se fora da questão e legitima, por sua omissão ou às vezes de maneira ativa, a ruptura e passa a julgar de acordo com um novo 'ordenamento' ditado pelo ato de força. Com isso dá legitimidade a tais atos. É fácil constatar que na América Latina tem sido bastante freqüente o fechamento dos parlamentos, mas é muito infreqüente o fechamento dos tribunais." (LOPES, 1989, p.136).

[29] Müller (2003, p.85) conclui: "Pois o povo atua, mais ainda do que um conceito apenas seletivo, como conceito finalista e mesmo como conceito de combate: no 'combate semântico' e igualmente, se não mais freqüentemente, na poda brutal de populações transformadas por coação ideológica e jurídica e *manu militari* em 'povos'." Para Kelsen (2001, p.270), "[...] ao contrário da coação psíquica, a coação jurídica encontra especificidade na sanção externa." Cardoso Júnior (2005, p.4) afirma que o Terceiro mundo e suas lideranças messiânicas que sob "o argumento da compaixão, da justiça e das igualdades de condições, acabem por instrumentalizar a violência de uma massa empobrecida e desorganizada no sentido de romper o ordenamento jurídico e estabelecer um regime autoritário, ameaçando a sobrevivência da *res publica*."

constitucionais só possuem eficácia plena, se versarem sobre direitos fundamentais individuais, tornando as demais normas constitucionais, como meros programas, a serem levados a termo pelos poderes Legislativo e Executivo, de acordo com as suas 'elásticas' discricionariedades, de dizer quando e como irão tomar as decisões políticas; resultando abusos de poder, os quais não estavam abertos ao reexame, por parte do Poder Judiciário, que fincava sua avaliação, no estrito julgamento da legalidade do ato administrativo, a saber, observava-se apenas se havia respeito à competência, à finalidade e à forma (MORAES, 1999).

Um dos focos de resistência dos positivistas jurídicos levou o Poder Legislativo a usar um artifício para burlar a normativização e a supremacia da Constituição, nomeadamente, interpretar a Constituição conforme a lei, usurpando o poder constituinte originário, evitando que a programaticidade constitucional se tornasse densa, e conferisse força normativa ao texto constitucional. A idéia de poder constituinte de Sieyes (1997, p.97-98) como um poder inicial, autônomo e incondicionado, somente exercido por representantes extraordinários da nação dá conta da usurpação do legislador ordinário, que transcendem, indevidamente, seus deveres e passa a atuar com o exercício do poder constituinte originário, foi bloqueada pelo Tribunal Constitucional Alemão.[30]

> a) Quando a teoria sobre as normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição.
> b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente, implica, em última instância, transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência , até a sua ação, o preceito constitucional;
> c) não dependendo a vigência da norma constitucional programática da ação do Poder Legislativo, quando – atribuível a este a edição de lei ordinária – dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional;
> d) neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso sub judice ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais. (GRAU, 2005, p.9-10)

A tal exemplo seguiram-se outros em solo europeu, que compreenderam a extensão da garantia constitucional da independência dos poderes; ao contrário de Estados latino-americanos, os quais mal compreenderam a república como forma de governo que pressupõe a alternância de poder, e através de hipertrofia da função executiva promoveram bloqueios às demais funções

estatais, impedindo um labor interdependente e harmônico. Na verdade, o que se alternou mais na América Latina foi a ditadura e a incipiente democracia[31]; não havendo satisfatório funcionamento dos *checks and balances* americano, o que se leva conclusão de que o modelo americano é peculiar do povo estadunidense "*[...]que há recibido más bendiciones de la providencia que ninguna outra nación en la historia de la humanidad. El milagro de la república americana no se basa em su constitución, sino que se há dado a pesar de ella*". (LOEWENSTEIN, 1976, p.141)

Percebe-se, com o alvorecer do novo Estado Constitucional, com mais nitidez que, se deu maior efetividade as normas constitucionais, com mais intensidade nos países centrais, de maneira que, nestes, não havia mais que falar em separação de poderes, posto que não há poderes, mais funções estatais, que devem ser articuladas para que sejam respeitados os direitos fundamentais. Neste sentido Hesse (1991, p.10) contribuiu, sensivelmente, ao desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, cuja missão-mor era a de dar eficácia as normas constitucionais. Afirma o autor que a coincidência entre realidade e normatividade "[...] constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar."[32]

Por haver necessidade de analisar inúmeros elementos atinentes a força social as quais mostram que determinam a funcionalidade da vida estatal, deve o direito constitucional se socorrer da filosofia, história, psicologia, sociologia, ciência política e economia, dentre outras, contrariamente a Kelsen para quem a realidade é a realidade pensada e não a realidade vivida, de

---

[30] Para Lima (2003, p.204), "[...] as cortes constitucionais ultrapassam o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção da separação de poderes e, mais grave, substituindo o poder constituinte. Esta ultrapassagem é inerente à atividade de controle da constitucionalidade [...]".

[31] Na interpretação de Miranda (1997, p.157): "As sociedades latino-americanas não poderiam experimentar fácil ou correctamente, o governo presidencial. Muitas delas têm oscilado entre a ditadura e o conflito: a ditacdura ou, pelo menos, o governo pessoal, quando o Presidente o apoio ou o domínio do parlamento, a obstrução e o conflito, quando falta a coincidência entre a maioria parlamentar e o partido do Presidente. [...] O meio mais eficaz de limitação destes poderes é a regra da não reeleição para mandato subseqüente.". No mesmo sentido, Loewenstein (1976, p.140) afirma que "*El presidencialismo de inspiración norteamericana há dado lugar a uma forma iberoamericana de autoritarismo, el caudilhismo*."

[32] Lassalle, ao conceber que Direito Constitucional não tem por escopo a busca de uma ordem estatal justa, tendo o encargo tão somente de justificar os atos do poder dominante, não consegue se livrar da crítica de Hesse (1991, p.11), para quem, "Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se sua conversão numa simples ciência do ser.", embora não se descarte a contribuição Lassalleana de conferir relevância às questões de poder, enquanto questões constitucionais. Pela teoria de Lassalle a constituição perderia sua autonomia, e já não mais haveria como falar em teoria da constituição, porque estaria imersa na Sociologia ou na Ciência Política , no que se discorda, pois não há contradição entre o Direito constitucional e a natureza da Constituição, já que a constituição jurídica não perde sua legitimidade em face da constituição real .

modo que sua teoria pura do direito, visa extrair do estudo científico do direito todo o elenco de ciências citado[33]. Pratica o professor um realismo à margem da dinâmica social em que vivem os povos, embora saliente que puro é o método da ciência do direito e não próprio direito. Errou ao não aproximar o direito da teoria do direito já que "Fazer ciência implica numa imensa responsabilidade social, pois um cientista não pode ser indiferente às conseqüências que seu trabalho pode trazer a sociedade." (MARQUES NETO, 2001, p.59).

> A concretização máxima da força normativa da Constituição como meta da Ciência do Direito constitucional [...] o direito constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. (HESSE, 1991, p.27)

Neste diapasão, não se deve ter em conta apenas a ordem jurídica, muito menos isoladamente a realidade político-social. Observando-se unilateralmente, a ordenação jurídica não se tem acuidade visual, só se percebendo se uma norma jurídica está ou não em vigor. Ao observar, tão somente, para o ser constitucional não se percebe o problema em sua totalidade. Este isolacionismo entre norma e realidade, prescrição e descrição, ser e dever ser levou a se reparar grandes teóricos, onde segundo o magistério de Hesse (1991, p.13-14), "[...] tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no 'positivismo sociológico' de Carl Schmitt [...] pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas.".

Assim, a norma constitucional, não tendo existência desligada da realidade, tem por essência a pretensão de ter a situação por ela regulada, ser concretizada na realidade, sem se apartar de suas condições históricas, em uma relação de interdependência.[34] Para Hesse (1991, p.15) "[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo." É que a Constituição é tanto expressão da realidade como normatividade. Hesse (1991, p.15)

---

[33] De modo similar, Campilongo (2002, p.167), sustenta que "Se é verdade que para Kelsen, o direito também é um sistema autopoiético,não é menos verdade que as razões e o método que o levam a essa conclusão tem pouquíssimo contato com os fundamentos sociológicos que conduzem Luhmann à mesma observação. Equivocado, por exemplo, imaginar que a autonomia do sistema jurídico signifique seu isolamento completo em relação ao sistema político. Um sistema auto-referencial não é um sistema que vive independentemente do ambiente."

[34] Igualmente, Hesse (1991, p.14-15) afirma que: "[...] sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia [...] não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência. [...] Há de ser, igualmente contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas."

afirma que "[...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade político-social", daí o porquê da força condicionante da realidade e a força normativa da constituição ser distinta, embora entrelaçada. Há, pois, uma relação de coordenação entre as Constituições jurídica e real, que se condicionam reciprocamente, de modo que elas são distintas, que convivem sem que uma prepondere absolutamente sobre a outra. A pretensão de eficácia é que confere a força normativa da Constituição.Não se pretende aqui defender que, e.g., as cláusulas pétreas não possam ser modificadas, ao contrário, o que permanece incólume é somente a sua forma, já que o tribunal constitucional, pode (e deve), via interpretativa, modificar a sua substância, criando novas normas constitucionais, levando em consideração que "essas mudanças não podem atingir o núcleo normativo de que dependem a continuidade da esfera pública pluralista e autonomia dos sistemas político e jurídico. (NEVES, 2006, p.155)

Raciocínio contrário a este entendimento é engessamento do direito constitucional, é produzir *ex ante*, aquilo que as futuras gerações devem se guiar, e não evoluir de acordo com suas expectativas razoáveis. Para Rawls (2003, p.22), "vantagens históricas contingentes e influências acidentais originadas no passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que devem reger a estrutura básica do presente e do futuro.". Deve-se construir acordos para discordar, e acordos para que a desigualdade fática seja admitida em um consenso, embora variável no tempo, aquilo foi intitulado consenso dúctil.

> *No se trata sólo de regular lo económico con fines puramente limitados a lo económico [...] se trata de mucho más. Es el intento 'cualitativo' de hacer compatible el desarollo económico con un orden social justo, cuyas connotaciones esenciales o 'constitucionales' se definen ex ante, em lugar de dejarlas al resultado ex post de competición entre las fuerzas económicas.* (ZAGREBELSKY, 2005, p.102)

Segundo Zagrebelsky (2005, p.67), a má compreensão dos povos europeus sobre o caráter de convivência dissensual da democracia levou ao "*hecho de que las fuerzas en pugna fuesen cada una por su proprio camino y el abandono de un terreno común de valores y principios objetivos condujeron , al final a la tragedia mundial.*" A perspectiva contraída na idéia burguesa de homogeneidade social ainda traz, hodiernamente, a falsa compreensão de que o conflito é algo a ser afastado. Daí que frente ao caráter enfático da interpretação/aplicação das normas constitucionais após a primeira metade do século XX, Bercovici (2003, p.114) conclui que, se a Teoria Geral do Estado oitocentista foi cambiada pela "Teoria da Constituição. [...] A Teoria da

Constituição ainda chegaria ao seu ápice como disciplina central do direito público. A Constituição iria se tornar Constituição Dirigente.”

3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ESTADO INTERVENTOR: A CRISE

> "Enquanto os homens exercem seus podres poderes, morrer e matar de fome, de raiva e de sede. São tantas vezes gestos naturais. [...] Será que nunca faremos senão confirmar, a incompetência da América católica, que sempre precisará de ridículos tiranos".
>
> (Caetano Veloso, Podres poderes)

A construção de uma genuína teoria constitucional, na Europa passou, necessariamente, pela evolução do Estado, que, na passagem do século XIX para o século XX, deixou de ser absenteísta para ser prestacional, inserindo a Constituição no centro do direito público, através do controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos infralegais. De 'inimigo' a 'parceiro', o Estado interventor passou a consolidar a idéia de uma teoria material da Constituição, com a constitucionalização dos princípios gerais do direito, e sua conseqüente normatividade. Com a crescente vinculação do Legislador e do Governo aos fins constitucionais, consolidou-se a noção de Constituição dirigente.

3.1 Estado interventor- origens

O poder absoluto nunca existiu, pois mesmo em tempos em que não havia limitações jurídicas, ele foi limitado pelos fatos, de maneira que "[...] não existe soberania inocente, porque a própria idéia de um poder supremo e incontrastável representa aquela *hybris*, que a sabedoria grega sempre considerou a matriz da tragédia humana." (COMPARATO, 2003, p.27-28). Heller (1992, p.264) afirma que "*sólo existe um Estado allí donde el poder sobre la organización social-territorial le pertenezca a ella misma, le sea proprio, donde la decisión sobre el ser y modo de la organización tenga lugar dentro de ella*." Embora se parta da premissa segundo a qual o Estado interventor só passou a existir, propriamente, a partir do constitucionalismo de Weimar, tem-se que a idéia de intervenção do Estado é um processo gradativo, sendo iniciado, embora

timidamente, com o processo de formação do Estado nacional, a partir da tomada de Constantinopla, pelos turcos otomanos.

Com a consolidação da unificação dos feudos e formação do estado nacional, que foi obra do absolutismo monárquico[1], a intervenção estatal era tímida, mas existia, sobretudo, na unificação da cobrança de tributos à emergente classe burguesa, obra da transição do medievo para a idade moderna, mas também na prestação de assistência social e um precário aparelho coercitivo, cujas tarefas eram levadas a termo pela administração da justiça, ainda não apartada do poder real e de uma polícia, que demonstrava maior preocupação com a nobreza e com o clero, em detrimento do restante da sociedade civil. Motivado pela unificação dos feudos, que aumentando a liberdade de trânsito, possibilitou o nível de comunicação interpessoal, o recém-criado Estado, se viu envolto em uma sociedade civil, com nível maior de diferenciação. Forçosamente, este embrião de Estado interventor começa a intervir, paulatinamente, em várias tarefas[2], que no regime feudal ou eram confiadas à família ou a igreja[3] ou a instituições locais.

Encontra-se, ainda no século XVII, com a revolução gloriosa, o germe do Estado de Direito, com o início do fim do Estado estamental inglês, traduzido na interdependência por integração entre governo e parlamento, embora o povo ainda estivesse alijado do poder, já que nenhuma das duas funções estatais, eram eleitas pelo povo.

> A divisão de poderes e o Estado de Direito compartilham da mesma origem teórica e social: uma diferenciação binária do poder político. [...]. A divisão de poderes e o Estado de Direito foram concebidos num contexto em que o sistema político não estava suficientemente diferenciado a ponto de especificar um público politicamente relevante e apontar as instituições capazes de mediar a comunicação entre esse público e o Estado (os partidos). As mudanças no sistema político permitem a passagem de uma diferenciação bidimensional a uma diferenciação tridimensional dos sistemas políticos, com os seguintes componentes: política, administração e público. Com isso, 'as tradicionais estruturas do Estado de Direito e da divisão de poderes adquirem sentido diverso'. (CAMPILONGO, 2002, p.43)

---

[1] Para Schmitt (1996, p.68):"*En la mayor parte de los Estados de Europa, la unidad política fue obra del Absolutismo monárquico.*". Seguindo a mesma tese, Heller (1992, p.152):"*La unidad jurídica y de poder del Estado fue, en el continente europeo, obra de la monarquía absoluta.*".

[2] Este é o pensamento de Heller (1992, p.147), para quem "*A de la Edad Moderna el Estado tiene que encargarse de una serie de tareas que hasta entonces corrían a cargo de la familia, la iglesia o las instituciones locales, o que respondían a nuevas necesidades. Erán, especialmente, materias relacionadas con las comunicaciones, tanto en lo general como en su aspecto económico-técnico, con la administración de justicia y con lo cultural, sobre todo de carácter pedagógico.*".

[3] Sobre o Período colonial brasileiro, Carvalho (2001, p.24) afirma que "Os direitos civis beneficiavam a poucos, os direitos políticos a pouquíssimos, dos direitos sociais ainda não se falava, pois a assistência social estava a cargo da Igreja e dos particulares.".

A consolidação do Estado de Direito só veio a ocorrer no crepúsculo vespertino do século XVIII, instante em que grandes potências estatais passavam uma drástica mutação nas relações de poder, com a participação, embora tímida, do povo, influenciada pelos movimentos de independência americana e pela revolução francesa, generalizando-se pela Europa e pelo novo continente a consciência constitucional, o repúdio ao absolutismo, a legitimidade constituinte e o ideal de uma nova feição de monarquia, a constitucional. Esta transição, impulsionada pelos séculos ilustrados e fermentada pelos ideais franceses de liberdades públicas e direitos civis, fez nascer no velho continente, o primeiro estado de direito, inspirado no compêndio "o Espírito das Leis" de Barão de Montesquieu que, de forma lenta e inexorável, extirpou os regimes das competências concentradas e ilimitadas.

Inicialmente preocupado em fazer cumprir as leis e intervindo, preponderantemente, nas questões de segurança pública, passou o Estado a enfrentar a necessidade de políticas públicas relativas às questões sociais, culturais e econômicas, sobretudo, a partir de meados do século XIX, com o declínio da idéia liberais de autonomia dos contratos, momento em que já ficavam patentes as constantes convulsões sociais, as quais demonstravam que não havia mais preponderância da homogeneidade social. A exploração econômica burguesa junto ao proletariado, impulsionada pela autonomia da vontade, gerou uma crise do Estado Liberal, pela massa de descontentes produzida pela burguesia. O excesso de antagonismo entre burguesia e proletariado se intensificou, forçando o Estado a, nos últimos anos do século XIX, a intervir mais na sociedade civil[4], receoso de que o conflitos originassem "novas comunas de Paris"[5].O que era diminuta no século XIX, nomeadamente, a intervenção estatal na sociedade civil, serviu para que a classe burguesa sufocasse o proletariado até a exaustão, culminando com a crise do Estado liberal, que deu origem ao Estado Social de Direito, que se inicia a partir da segunda década do século XX, com a idéia de preservar o capitalismo.

---

[4] Para Miranda (1997, p.15-16) "A Constituição é tanto Constituição política como Constituição social, não se cinge a ordem da vida estatal (em sentido estrito). Nem sequer o direito constitucional do século XIX se confinou aos órgãos e agentes do poder político; ele foi, além disso(ou através disso), um direito dos cidadãos diante do poder – ao garantir os direitos e liberdades individuais e ao incluir neles a propriedade, intervinha,pelo menos, negativamente, na sociedade. E como se reconhece à vista desarmada, as Constituições actuais contemplam larguíssimos aspectos e áreas da dinâmica econômica, social e cultural em interação com o Estado."

[5] Para Costa (2006, p.377), havia a tendência dos Estados centrais desde o último quarto do século XIX: "a) aumentar a atividade intervencionista do Estado, que devia garantir a estabilidade do sistema; b) uma interdependência entre a pesquisa e a técnica, que fazia com que as ciências representassem a força produtiva mais importante."

Surge com mais força a idéia de que o Estado deve intervir mais na sociedade para coibir os abusos, sobretudo os econômicos, introduzindo institutos como o dirigismo contratual, que coibia cláusulas contratuais leoninas, e por outro lado, em caráter compensatório, passou a prestar cada vez mais serviços públicos a sociedade, tais como educação e saúde. "*La crisis de la vinculación de la administración a la ley deriva de la superación, por parte del aparato estatal, de su funcción prevalentemente garantizadora [...] y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos.*" (ZAGREBELSKY, 2005, p.34).

Com a crise do Estado liberal, passa-se a perceber constituições de caráter social, o que enseja a substituição da velha teoria do estado burguês, por uma Teoria da Constituição autônoma, baseada neste novo constitucionalismo, dito social[6]. A situação fica mais patente após as duas grandes guerras mundiais, denunciado os ultrapassados pressupostos , método das ciências sociais, em geral, e do Direito, como ciência social aplicada, esta última, que terminava, pela mão de Hans Kelsen, por isolar o direito de questões sociológicas, políticas e axiológicas[7]. Essa crise do Estado repercute em sua teorização.

A crise era da Teoria Geral do Estado surgida no século XIX, que já neste século requeria inovações que fomentasse um Estado mais interventor, sem o reducionismo kelseniano de considerar o Estado como singela personificação do direito, tornando-o tão somente objeto de estudo de uma ciência normativa. Deve-se compreender que, não obstante haver um mínimo de antagonismo entre o ser e o dever ser, por motivo de não possuírem uma raiz lógica, não se pode olvidar que ambos "*si pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiera que dar forma, no sería en puridad, un deber ser*" (HELLER, 1992, p.203). Vivia-se em meados do século XX, a ascendência da Teoria da Constituição sobre a Teoria do Estado, como

---

[6] Similar posição adota Galindo (2006, p.58), para quem o constitucionalismo social tem como principal problema "conciliar o liberalismo individualista de um lado e o socialismo coletivista de outro. [...] Por um lado, é consideravelmente ampla a demanda para a realização dos direitos fundamentais sociais e econômicos, mas por outro, há o que poderíamos denominar de limites operacionais do dirigismo vinculante-intervencionista, como, por exemplo, a denominada 'reserva do possível'.". Sobre o assunto, vide Canotilho (1994, p.172 ss.; p.198 ss.)

[7] Para Vasconcelos (2003, p.14), "A principal conseqüência desse tipo de doutrina [pura do direito] foi aumentar a distância entre a teoria e a prática jurídicas, o que é péssimo para a credibilidade do Direito. Seriam as pessoas seres autômatos, a obedecerem a ordens ou comandos não identificáveis? Na verdade, esse tipo de preocupação não freqüenta o ideário de Kelsen (1997, p.11), tanto que no prefácio da primeira edição dos Problemas Fundamentais, declarou, sem meias palavras, que – o meu trabalho presta-se apenas a interesses teóricos, não práticos. Nada de surpreendente para um autor que pretende eliminar do Direito todo conteúdo, em proveito da forma.".

disciplina principal do direito público, embora Heller pensasse que a crise da teoria do estado devesse ser superada por um novo modelo teórico de Estado.

Para ser substituída da qualidade de principal disciplina do direito público, a velha teoria geral do Estado, no século XX teve três possibilidades de refutação, todas com base na substituição, na linha de Fioravanti[8], por uma nova teoria da Constituição. A teoria que vê a Constituição como exclusivamente norma jurídica, capitaneada por Kelsen, demonstra sua fragilidade, pois impede que a Magna Carta tenha uma realidade fática, embora se possa extrair importantes asserções, das quais se destaca a de conferir força normativa à Constituição. O texto constitucional só se aperfeiçoa como normas de cumprimento obrigatório, quando lhe é dado conteúdo normativo, dentro do contexto da realidade social que a constituição se insere; na já comentada linha schmittiana de reabilitação do político, na análise da teoria da Constituição.

Bercovici (2003, p.93), com inspiração schmittiana, considera que se a Carta Magna for considerada somente em "em seu sentido formal, como Constituição escrita, está sendo igualada a uma série de leis constitucionais escritas. Com isso, o conceito de Constituição é relativizado, perdendo o seu significado objetivo"; embora se olvide o teórico do 3º reich que a Constituição como só realidade, termina por ter dissolvida a sua normatividade. Heller (1992, p.273) já atentava para o problema, advogando a tese segundo a qual "*La constitución estatal, así nacida, forma um todo en el que aparece complementandose recíprocamente la normalidad y la normatividad*". Também Müller (1995, p.43) já tinha em mente o embrião da transcendência do conflito entre prescrição e descrição, por meio de sua metódica estruturante, ao afimar que "A referência à vida e a práxis está aqui inserida precisamente nesse quadro do processo de 'normatividade', cuja integridade é assegurada nas suas fronteiras através do uso da violência legitimada pelo Estado", e neste sentido se busca aproximar a Constituição-forma da Constituição-matéria, confrontando a realidade constitucional imersa na realidade social com a Constituição-texto.

Surge, na segunda metade do século XX, a teoria material da constituição, atrelada ao estado interventor. O Estado interventor do século XX, através da dimensão social da

[8] Para Bercovici (2003, p.79): "Segundo Fioravanti, Estado e Constituição revezam-se, historicamente, como conceitos chave do direito público. Ao primado da Constituição e do constitucionalismo, advindos com as revoluções liberais do século XVIII sucedeu a primazia do Estado, e a Teoria Geral do Estado, a partir da metade

constituição, e a teoria material da constituição, que ganhou força, tornando relevante a questão da normatividade da Carta Magna, para a teoria constitucional. O resultado foi a sua revalorização, não sem enfrentar a reação conservadora que insistia na idéia oitocentista de que havia antinomia entre o estado de direito e o estado social, insistindo os resistentes autores que a Constituição representava apenas uma limitação do poder estrutural.

O anacronismo da concepção de constituição apenas como garantia do *status quo,* levava a equivocada concepção do Estado, não como ordem jurídico-estatal, mas como instância de vontade política, tão somente cumprindo uma função de vértice do sistema administrativo e Executivo. Neste sentido, Canotilho (1994, p.84), tratando tão somente da constituição-garantia, assevera que "[...] a lei fundamental não poderá compreender-se como 'plano' ou 'programa', mas sim como garantia do *status quo* [...]", de modo que esta constituição torna o órgão legislador somente como agente político do estado de direito, desprezando-se o Legislativo como órgão democrático, o que não se coadunava com o crescente dirigismo do estado interventor. Sustentando que a Constituição não diz respeito só ao Estado ou ao sistema político, mas também inclui a sociedade[9], a Teoria da Constituição Dirigente, afirma que a constituição deve incluir também "como novo projecto de identificação de uma ordem político-social, a própria sociedade." (CANOTILHO, 1994, p.104).

A crítica é comum aos demais métodos concretistas e tópicos, no sentido de possibilitar o afrouxamento da normatividade e juridicidade da Constituição, creditando excessiva importância a dimensão política, deixando ao "rés do chão" a dimensão jurídica. Esta refutação não é de todo verdadeira, pois se aplicada respeitando os limites teleológicos da norma-texto, não supervaloriza o caráter político da Carta Magna, nem dissolve a Constituição normativa. Neste sentido, quanto maior for a representação popular na produção normativa, sem maiores questionamentos, maior a presunção de constitucionalidade; que pode ser elidida, através de um controle de constitucionalidade que admita participação de uma maior quantidade de grupos que representem interesses coletivos, tanto na legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade, como na participação efetiva de instituições públicas ou privadas que possuam pertinência temática com a norma jurídica objeto do referido controle.Com o avanço da teoria material constitucional,

---

do século XIX. A crise da Teoria Geral do Estado no início do século XX fez com que o centro do estudo do direito público passasse a Constituição e à Teoria da Constituição, especialmente após o segundo pós-guerra.".

[9] Na linha de raciocínio da democracia também como forma de sociedade, Haberle (1980, p.79 ss. apud NEVES, 2006, p.203) afirma que "Nos processos de interpretação da Constituição, todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos estão envolvidos."

passou-se a advogar a tese de se criar um método próprio de interpretação do texto constitucional, surgindo uma nova hermenêutica, dita constitucional, que passou a dar relevância a norma-princípio, o que possibilitou o avanço, sobretudo na Europa do século XX, das teorias materiais da Constituição, fomentando um aumento do conteúdo normativo das normas constitucionais de eficácia limitada ao programa constitucional[10], intituladas de normas programáticas.

Experimentou-se, na Europa, a partir de meados do século XX , até a crise do petróleo[11] em 1973, o apogeu do estado intervencionista. A partir desta crise[12] assiste-se a gradual escassez de riquezas concentradas no Estado, seguida de uma desilusão com o *welfare State*, que não vem conseguido, mesmo nos Estado centrais[13], equilibrar a crescente demanda social[14], com a produção e o fomento de geração de emprego, saúde pública, educação pública ou previdência social. Mais do que questões ideológicas, a crise do Estado Providência é conseqüência de causas financeiras, administrativas e comerciais[15]. Dá-se o declínio do Estado nacionalista e a ascensão

---

[10] Para Silva (1999, p.130), "A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na Constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem conseqüências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até que possam , devendo notar-se que muitas deles são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade."

[11] Sob o mesmo argumento, Campilongo (2002, p.140) advoga que "É evidente que, a partir da segunda metade dos anos setenta, com o início da crise econômica e da desmontagem dos Estados Sociais, o problema da eficácia jurídica dos direitos sociais torna-se muito maior. O sistema jurídico e os Tribunais, nesse contexto, ficam muito mais vulneráveis e tentados a suprir as dificuldades do sistema político e a procurar diretamente a solução dos problemas fundamentais da coletividade."

[12] Para Carvalho (2001, p.158), "Na economia, a crise do petróleo de 1973 reduz os índices de crescimento [do Brasil], que no início dos anos 80 chegaram a ser negativos."

[13] No entender de Habermas (1998, p.73 ss. apud NEVES, 2006, p272): O Estado social só pôde se desenvolver "[…] em algumas regiões privilegiadas e nas condições propícias do pós-guerra". O próprio Neves (2006, p.272) afirma que "O problema que se apresenta atualmente é exatamente a propagação de ondas de exclusão sobre os 'países centrais' no contexto da 'globalização econômica', por tanto a expansão destrutiva do código econômico também em relação aos sistemas jurídico e político do Estado Democrático de Directo da Europa occidental e da América do Norte, o que está intimamente associado à perda de normatividade das constituições socialdemocráticas lastreadas no modelo de Estado de Direito."

[14] Para Santos (1989, p.43-44), "Esta integração [dos trabalhadores no meio consumista], por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros etc, etc" seguiu-se dai a inserção da mulher no mercado de trabalho, o aumento da renda familiar alterou o comportamento entre cônjuges e entre estes e os filhos, contribuindo para o acréscimo de conflitos sociais, gerando uma explosão de demanda, que foi agravada pela recessão econômica da década de setenta e que se prolonga,tornando o estado intervencionista incapaz de cumprir compromissos assumidos com as classes populares. Com a explosão de litigiosidade, "os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passam a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais." (CAMPILONGO, 1989, p.117), que podem ser lideradas tanto pela Defensoria como pelo MP.

[15]Igualmente, Miranda (1997, p.98): "Observam-se como isto provocou a crise do Estado-providência e o avanço do direito comunitário com implicações importantes para o Estado-nação e sua soberania? Estado Social de Direito fundos de sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência. Derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais), quanto de causas financeiras(os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez mais vastas), de causas administrativas(o peso de uma burocracia, não rara acompanhada de corrupção) e de causas

do direito comunitário, capitaneado pela União Européia; de outro lado, há uma nova aproximação entre o direito e a moral religiosa[16], através das teocracias fundamentalistas, sobretudo no oriente médio, capitaneada por setores radicais da religião islâmica, que trouxe a tona o debate sobre como esta doutrina deve ser vista pela democracias ocidentais. [17]

A perda de centralidade do Estado interventor se percebe em toda Europa, onde a desjuridificação[18] parece criar condições favoráveis ao pluralismo jurídico, o espaço de cidadania, onde, segundo seus adeptos, passa-se a ter um "cidadão europeu", que se levou a crer na formação de um novo estado de direito democrático, não reduzido à concepção de Estado Nacional:

> O Estado Democrático de Direito não deve ser reduzido a forma usual do 'Estado Nacional, pois não se pode excluir que, sob o impulso dos novos desenvolvimentos da sociedade mundial, formas de Estados Democráticos de Direito 'supranacionais' surjam em determinadas regiões do globo terrestre [...] desde que se forme uma esfera pública pluralista que se mobilize e articule em torno dos respectivos procedimentos constitucionais e possa-lhes influenciar de maneira relevante. (NEVES, 2006, p.281)

Relevante afirmar que força normativa da constituição só se opera caso os direitos reflitam a idéia de justiça subjacente aos valores positivados na constituição, como dever dos governantes

---

comerciais(quebra de competitividade,numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).". Acrescentaria-se que o cidadão parece se transformar em consumidor, o que aumenta a demanda por serviços estatais. E a mais importante que é "a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de certos valores éticos familiares e políticos."

[16] Este é o entendimento de Miranda (1997, p.98), para quem "irrompeu desde 1979 um regime de novo tipo, correspondente, no fundo, a um modelo de Estado diverso do Estado europeu: o Estado de fundamentalismo islâmico em que se unem lei religiosa e lei civil, poder espiritual e poder temporal."

[17] Para Galindo (2006, p.95), "Ao igualar, por exemplo, uma cultura fundamentalista a uma cultura pluralista e democrática, pode-se permitir a supressão desta última pela primeira [...]", de modo que a integração de doutrinas abrangentes não razoáveis, em culturas democráticas, deve ser incorporativa, na medida em que não será aceita pela cultura ocidental, ao contrário, os participantes daquela doutrina devem incorporar os valores positivados e consagrados pela cultura ocidental. É dizer, a democracia deve ser intolerante com o culturalmente intolerável, e.g., os muçulmanos adeptos da extirpação do clitóris feminino."

[18] Cordeiro (2002, p. XC), tratando de desregulamentação, afirma que: "A abertura do Direito privado, assente na ausência de regulações, facultou, por si, como já foi referido, uma melhor actuação dos níveis econômicos no plano privado.". Discordando desta posição, Costa (2006, p.379) trata da desregulamentação como forma de colonizar o mundo da vida: "O projeto do *wellfare state* tornara-se problemático na consciência pública, na medida em que os meios burocráticos, mediante os quais o Estado intervencionista pretendia realizar a domesticação social do capitalismo, perdiam sua ingenuidade. Já não era somente a monetarização da força de trabalho, mas também a burocratização do mundo da vida que era sentida como um perigo por amplos setores da população. O poder administrativo perderia a aparência de neutralidade para a experiência cotidiana dos clientes das burocracias de *welfare State*. Estas novas eram exploradas pelos neo-conservadores, como o fim de vender a conhecida política do deslocamento dos problemas do Estado para o mercado, sob o argumento das palavras de ordem 'liberdade e democracia'. Tratava-se esta de uma política que nada tinha a ver com a democratização. Ao contrário, promovia uma crescente desvinculação da atividade do Estado da pressão legitimadora da esfera pública e entendia, por liberdade, não a autonomia do mundo da vida, mas a liberdade de ação dos investidores privados."

em relação aos destinatários do poder, e vice-versa, de modo a implicar "*un general 'principio de la responsabilidad ' de todos y cada uno en relación con todo y con todos.*" (ZAGREBELSKY, 2005, p.86). Por esta concepção objetivista[19], tem-se que os direitos se referem a deveres, de modo que se impõe a todos não impedir que os demais cumpram seus deveres e também que se cumpra o seu próprio dever, revelando-se que há deveres fundamentais[20] e não só direitos fundamentais[21], evitando-se a visão comodista de que os direitos fundamentais são favores estatais, a qual pressuporia contrapartida da sociedade a través, e.g., do sufrágio universal; e este ciclo vicioso possibilita que se desenvolva uma cidadania baseada na nefasta idéia de que os agentes estatais só possuem deveres e o povo só possui direitos.

A proposta de Neves (2006, p.182-183) propicia a condição para que se desenvolva uma cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão social, a saber, que a Constituição torne-se "reflexo da esfera pública, pois não há autopoiese do direito quando há bloqueios (político, econômico, cultural, etc) na concretização constitucional.". Entendem Neves e Campilongo (2002, p.127) que esta cidadania não deve ser conquistada com a busca de consensos conteudísticos, já que para a democracia hodierna não há "um futuro, mas sim vários futuros possíveis, contingentes, imprevisíveis para a sociedade e para a própria democracia. O que se descarta – e isso nada tem de antiliberal e autoritário – é, definitivamente, o oposto: que se possa predeterminar o futuro.".

Embora hoje se defenda na Europa a privatização de alguns serviços públicos, nos Estado interventores de modernidade tardia, como o Brasil, o *welfare State* não passou de uma ilusão, e os setores econômicos se esquecem de que a desjuridificação, no Brasil, na Argentina ou no

---

[19] Para Zagrebelsky (2005, p.94), "*el derecho no es sólo 'el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad', como afirma la famosa definición kantiana. [...] "Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades."*

[20] Para Miranda (1997, p.191) "A concepção socialista dos direitos fundamentais não arranca da idéia de uma esfera individual independente e livre do Estado, mas da idéia de cidadão activo que tem o direito e o dever de participar na vida política e económica, social e cultural da sociedade socialista. Os direitos são simultaneamente deveres.", de modo que o pluralismo pressupõe a admissão dos contrários, desde que estes não sirvam para destruir a própria democracia, enquanto forma de governo, forma de estado e forma de sociedade. Neste sentido Schmitt (1996, p.179) advoga que "*Deberes constitucionales no son, en el Estado burgués de Derecho, otra cosa que deberes establecidos por ley constitucional. Sólo pueden ser, entonces, deberes en un sentido jurídico positivo, resultando limitados. Deberes ilimitados en principio contradirían también la idea del Estado burgués de Derecho.[…]Los deberes fundamentales non son deberes del hombre en general, sino sólo deberes del miembro o del sometido al Estado, es decir, de los hombres que se encuentran dentro de la esfera de poder del Estado.*"

[21] Lopes (2001, p.35) entende que os direitos fundamentais "[...] podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal."

Uruguai deve ser entendida de modo distinto. O problema do Brasil não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, "favorecem a manutenção de privilégios e desigualdades [...]. O risco de destruir o Estado, deslegitimando-o, é a completa atomização da sociedade. Uma sociedade civil forte, necessita de um Estado forte."(NEVES, 2006, p.135)[22].

Canotillho afirma isto, ao dizer que, no Brasil, onde a constituição ainda possui grande centralidade[23], deve-se optar pela teoria da constituição dirigente, nos moldes em que foi pensada em seu início, em 1983, pois o caráter revolucionário no Brasil ainda não cumpriu seu desiderato, não obstante, afirme que "alguns problemas do cidadão podem ser razoavelmente resolvidos através de esquemas privados" (CANOTILHO, 2005, p.41), referindo a privatização de alguns serviços públicos no Brasil. Muito embora não há como se conceber que uma empresa privada possa, e.g., prestar serviço de administração de presídios, pois seus advogados dificilmente se insurgiriam contra a administração, quando houvesse um conflito entre o direito fundamental de um presidiário e a empresa, sob pena de rescisão contratual; o que não ocorreria se tal administração recaísse no Estado, onde o Defensor Público, munido da garantia da independência funcional, não teria maiores dificuldades para denunciar abusos contra a integridade física e moral do preso.

Marrafon (2005, p.63) alerta, nos dias atuais, para o risco de Estados menos desenvolvidos, como os da América Latina, resolvam afirmar: "agora nossa constituição tem que ser um texto parcialmente vinculante.", pois, segundo Grau (2005, p.98), tratando de Europa, não obstante "o normativismo constitucional revolucionário morre, mas fica alguma coisa da programaticidade constitucional", permanecendo, pois, a vinculação do legislador.

Segundo Heller (1992, p.119), *"la sociedad burguesa y, consecuentemente, la realidad social del siglo XIX, destruyó el carácter de totalidad de la vida 'sustituyéndolo por el predominio de una serie de puros sistemas finales individuales yuxtapuestos.'"* (VIERKANDT,

[22]Santos (1989, p.58-59) entende que: "Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias."

p.153). De modo que o traço distintivo principal entre o marxismo e o liberalismo do século XIX, não é a primazia do subsistema econômico sobre o subsistema político e jurídico, porque ambos defendem esta prevalência, mas o ponto de vista da totalidade, pois para Marx, os indivíduos só possuem valor quando encarados como órgãos de execução, enquanto o liberalismo isola as pessoas, de modo que elas perdem a noção do todo[24].

> De alguma forma a modernidade tem a ambição de completude, uma ambição totalizante [...] Então poder aceitar a incompletude como algo construtivo, e como algo a partir do qual, é possível elaborar alguma coisa, já é o reconhecimento de um limite. Somos feitos de falta. (MARQUES NETO, 2005, p.103-104)

Sendo a falta o pressuposto do desejo, arremata, dizendo que "Não há cidadania sem um resto a desejar." (MARQUES NETO, 2005, p.104). Há sempre um restante de cidadania e democracia a desejar, o que permite afirmar que o direito é um fenômeno cultural, que muda de forma lenta e gradual, sem perder de vista a idéia de que o pensamento jurídico é um pensamento objetivo[25], na medida em que direito possui predomínio da previsibilidade sobre a contingência[26].

O Estado atual não é algo constante, imutável, como queria a teoria geral do Estado do oitocentos. O Estado é histórico, é, com base na filosofia hegeliana racional em si, ou melhor, é real. Hegel acreditava que o Estado que é, e não o que deve ser, já tem conteúdo racional. O Estado está acontecendo. É dizer, Hegel encontra no presente, aquilo que outros doutrinadores só enxergam no futuro, a saber, o Estado como momento maior da sociabilidade.; tornando a racionalização um evento da história atual.

---

[23] Para Canotilho (2005, p.35), "no Brasil é ainda do Estado de Direito Democrático e Social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política."

[24] Para Reale (1984, p.116), "O bem comum, como já foi dito, não se realiza a não ser mediante uma integração dos elementos individuais no todo social, sem que o todo absorva as partes, e sem que as partes se ergam contra o todo."

[25] Neste sentido, discorda-se do método tópico, posto que insuficiente para compreender o problema da validade. Canáris (2002, p.260) sustenta com acerto que "[...] a tópica desconhece, no fundamental, a essência da Ciência do Direito", pois o que é decisivo na determinação do Direito vigente é o Direito objectivo. "Uma lei 'vale' ainda quando não se apóie em todos, na maioria ou nos mais 'ilustres' e nem mesmo a opinião destes pode ser verdadeira. Percebe-se que o método de Viehweg não faz distinção clara entre atividade do legislador e atividade do magistrado, deixando este a sua função de complementar valores do direito objetivo para criar novos valores, tornando sua decisão também programante. Reconhece-se que o método tópico é importante para a colmatação de lacuna, mas esta é uma exceção, que só confirma a regra. É dizer, os adeptos da tópica "[...] desconhecem que a Ciência do Direito tem a ver, em primeira linha, com a execução consciente de valores já legislados e não com a escolha tópica de premissas; portanto é uma doutrina do 'entendimento justo' e não do 'comportamento justo'"(CANÁRIS, 2002, p.269).

[26] Cordeiro (1996, p.LVIII) afirma que "A existência do Direito assenta numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade [...]", sem a qual o Direito seria ininteligível. E arremata o autor, afirmando que mesmo em sociedades primitivas, de baixa complexidade, só há como falar em Direito "quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda ser relevante." (CORDEIRO, 1996, p. LVIII).

> As categorias políticas, funções e estruturas do Estado dependem da história. [...] O propósito da Teoria do Estado, de acordo com Heller, é a descrição e a interpretação do conteúdo estrutural de nossa realidade política. O objetivo da Teoria do Estado, portanto, é o de conceber o Estado como uma conexão real que atua no mundo histórico-social, investigando a função do Estado na realidade social concreta. Com a proposta de Teoria do Estado adotada aqui, não há como defender a separação entre a política (ciência prática e valorativa) e Teoria do Estado (ciência teórica e não valorativa). (SOUZA NETO, 2003, p.136)

Entende-se que a teoria do Estado deve dar importância ao direito,mas o seu método transcende o método jurídico, necessitando incluir outras ciências sociais, o que dificulta o seu estudo como dogmática jurídica, embora Bercovici (2003, p.99-100) afirme que "Heller não desvaloriza a importância da Constituição para a Teoria do Estado, mas não propõe a sua substituição pela Teoria da Constituição,como fizeram Carl Schmitt, Rudolf Smend e, de certo modo, Hans Kelsen." Assim o defende Heller (1992, p.290) ao sustentar que "*La Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propriamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulado em um documento escrito único.*"

3.2 As normas programáticas e a teoria da constituição dirigente

Atribui-se a Lerche (1999, p.64-65 apud BERCOVICI, 2003, p.115), a idéia de que as Constituições do Estado interventor se caracterizariam por possuir "uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador." Estas diretrizes são o que ele denomina de "Constituição Dirigente". Para Lerche (1999), só algumas normas constitucionais vinculam o legislador, de onde se conclui que a Constituição Dirigente não perpassa todo texto constitucional[27]. Já Canotilho elastece o conceito de Constituição dirigente para todo o texto constitucional, vinculando em maior medida o legislador[28].

A convergência entre Lercher e Canotilho existe na medida em que ambos defendem a vinculação da legislação pelos fins constitucionais, revelando uma desconfiança relativa ao Poder Legislativo, não obstante Canotilho (1994, p.237) afirme que o espaço do legislador é maior que o

---

[27] Para Canotilho (2001, p.V), "Os acontecimentos políticos do fim da década de setenta e da década de oitenta revelavam sinais contraditórios. Nalguns países, como Portugal e Brasil, a queda das ditaduras fornecia o pretexto constituinte para novos textos constitucionais narrativamente emancipatórios. A programaticidade congênita da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988 procurava substituir uma outra programaticidade – a programaticidade conservadora-corporativista da Constituição portuguesa de 1933 e a programaticiade da Constituição brasileira de 1946, vinda já do anterior texto de 1934."

[28] Esse é o entendimento de Bercovici (2003, p.116), para quem "Lerche está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador e chega a conclusão de que as diretrizes permanentes (a Constituição

do administrador público, pois “no plano Legislativo, as determinantes autônomas abrangem a determinação de fins pela legislação.” A teoria da Constituição Dirigente implica em ”fixação de condições de exercício do poder (legitimidade processual) e dos pressupostos materiais (fins e tarefas) desse exercício (legitimidade normativo-material)” (CANOTILHO, 1994, p.19), o que só corrobora com a tese de que ela considera insuficiente uma legitimação constitucional só pelo direito, havendo-se de inserir a sociologia e a ciência política; o que implica “[...] plano teorético-constitucional e teorético-político.” (CANOTILHO, 1994, p.11-12).

Canotilho (1994, p.255) considera o problema da teoria da constituição dirigente como um problema de legitimação; tanto que sustenta que “A necessidade de fundamentação positiva dos atos legiferantes põe em relevo que o problema da conformidade constitucional dos actos Legislativos não é [...] apenas um problema de legalidade constitucional, mas também de legitimidade.” Tratando da legalidade constitucional associada a legitimidade, torna-se inegável que, para Canotilho (1994, p.28) qualquer constituição pretende “implícita ou explicitamente, conformar globalmente o político” seja conservando, evolucionando ou revolucionando e assim procedendo, tem como missão a realidade, embora nem todo o político se deixe aprisionar.[29]

Daí a Constituição dirigente ter um viés revolucionário e um viés garantístico. Saliente-se que embora o sujeito revolucionário tenha cumprido seu desiderato em Portugal; permanecem ainda as normas revolucionárias no Brasil, tais como “[...] direito dos trabalhadores à participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração e participação [...], a usucapião pro labore [...] a cobrança de taxas de juros reais sujeita ao limite de 12% ao ano.” (CANOTILHO, 2005, p.57). Também a Constituição dirigente possui a aspiração de ser uma forma racionalizada da política, de modo que Canotilho (1994, p.49) afirma que se introduz “a dialética na racionalidade e racionalidade na dialética do Estado de Direito Democrático Constitucional.” A racionalidade da teoria da Constituição Dirigente não é de origem lógica, já que, para o mestre lusitano, supera-se, no século XX a questão da vinculação do legislador, que passa de autovinculação para heterovinculação, onde “[...] a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela.” (CANOTILHO, 1994, p.63), o que evita o erro da interpretação conforme a constituição, que na

---

Dirigente)possibilitam a discricionariedade material do legislador. Já o conceito de Canotilho é muito mais amplo, pois não apenas uma parte da Constituição é chamada dirigente,mas toda ela.”

[29] Igualmente Derrida (1991, p.58 apud MÜLLER, 2003, p.41) afirma que “A politização e.g. é um processo sem fim, que nunca há de chegar a um termo, nunca poderá ser uma politização total.”

tentativa de salvar a lei, termina por adequar a Carta Magna a produção do legislador ordinário, situação esta ainda bastante corriqueira no Direito brasileiro.

As determinantes autônomas se subtraem ao controle judicial, porque executadas "segundo princípios, valorações imanentes materialmente a especificidade da decisão" (CANOTILHO, 1994, p.247), perfazendo o núcleo político insindicável da produção normativa do Legislativo, remanescendo o reexame judicial das determinantes heterônomas, que não são idéias precisas. O fato das determinantes autônomas escaparem ao controle jurisdicional não quer dizer que, para a teoria da Constituição Dirigente, a liberdade de conformação do legislador tenha o mesmo grau de discricionariedade do que aquela experimentada pelo gestor público ao praticar um ato administrativo, porque aquele é órgão político encarregado da norma jurídica primária, o que aumenta a liberdade.[30] É que para Canotilho (1994, p.248), a

> tarefa de direccção política recorta-se como tarefa global de planificação, fixação e execução dos fins constitucionalmente normatizados, não se reduzindo a função de governo e função de Parlamento, e neste sentido aumenta-se a heterovinculação do legislador, porque as imposições constitucionais reduzem o espaço de liberdade de conformação política.", embora, implicitamente, perceba-se que se deposita um maior crédito de confiança no Poder Judiciário, que passa a ter a responsabilidade de controle constitucional dos fins e tarefas da lei.

Como há uma vinculação do legislador aos fins e tarefas constitucionais, com a teoria de Canotilho (1994, p.249) pode-se conceber um problema de discricionariedade legislativa, porque "contendo a constituição dirigente um conjunto de normas fundamentais, que mais não são que verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua, estas imposições só poderiam ser cumpridas, mas não seriam aplicadas como ordens constitucionais isoladas nem observadas como limites de liberdade legislativa." Frise-se que o fato de haver só uma distinção de grau, não quer dizer que se possa importar do direito administrativo a discricionariedade para a concretização constitucional, pois a discricionariedade administrativa[31] apenas complementa o *tatbestand* (hipótese de incidência), enquanto na discricionariedade legislativa, segundo Canotilho

---

[30] Já era esse o entendimento de Canotilho (1994, p.222), quando afirmava que: "[...] no fundo, entre discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa haveria uma diferença de grau, mas não uma separação qualitativa."

[31] Discricionariedade administrativa, para Mello (1996, p.48) é "[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei, ou da liberdade conferida pelo mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente" Percebe-se em Mello, que ele entende que além da discricionariedade quanto aos pressupostos e quanto aos efeitos, há uma discricionariedade de fins.

(1994, p.235), “A lei não cria, e não completa apenas, os pressupostos.”, já que a Constituição não define todos os pressupostos de sua aplicação, sobrevivendo um reduto maior de discricionariedade no esquema de vinculação constitucional.

Esta distinção fica mais patente quando se reconhece o exacerbado pluralismo político atual, cujo reflexo traduz-se na democracia atual, a qual não mais produz a Constituição, por solução simples, mas um compromisso entre os diversos grupos de pressão[32] e isto é “*[...] la condición del êxito de la propria obra como obra de todos y no una imposición unilateral de una parte sobre outra*.” (ZAGREBELSKY, 2005, p.97).

> *La ley expresa , por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la constitución.* (ZAGREBELSKY, 2005, p.97)

Não sendo a lei mera execução da Constituição, embora não devendo se afastar do *telos* das normas constitucionais, torna-se imprestável o conceito de discricionariedade administrativa para ancorar a discricionariedade do legislador.

Embora o controle intrínseco da legiferação, com base em vício de discricionariedade, que traduz um excesso de poder, não leve em consideração, como assevera o professor da Universidade de Coimbra, “[...] (1) o primado da decisão e a responsabilização final do legislador; (2) inadmissibilidade da devassa dos motivos do legislador; (3) liberdade de conformação do legislador.” (CANOTILHO, 1994, p.266). Retornando à questão da argumentação do Estado de Direito, conclui Canotilho (1994, p.382) que “a partir da redução do princípio da igualdade à proibição de arbítrio consegue-se obter a justiciabilidade do ato legislativo, sem por em causa a liberdade de conformação do legislador.”[33]

---

[32] Em outra passagem, Zagrebelsky (2005, p.97-98) afirma que “*La crisis de los regímenes liberales a finales del siglo pasado[siglo XIX] fue interpretada como el resultado de las fuerzas excesivamente disagregadoras, en ausencia de un marco de referencia objetivo para su contención*.”. Esta referencia objetiva surgiu, com a constitucionalização dos princípios, tendo como precussora a Constituição de Weimar, e foi universalizado no mundo ocidental, no pós-guerra. Caiu a máscara da ideologia liberal, não havia mais como sustentar uma só concepção de justiça.

[33] No dizer de Neves (2006, p.235), que exprime certa cautela sobre a politização do direito “[...] aponta-se para o excesso de atividade jurisdicional de controle do Legislativo e do Governo, acentuando-se que, dessa maneira, reduz-se o espaço de discussão política e fica prejudicada a legitimação democrática.”

A questão da proibição do arbítrio traz à tona a discussão sobre a vinculação do legislador à solução da colisão de direitos fundamentais[34], pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade, "na qual fica definitivamente consagrada a distinção desses dois aspectos da proporcionalidade, bem como a denominação de 'princípio da exigibilidade' para distinguir da proporcionalidade em sentido estrito" (LERCHE apud GUERRA FILHO, 1999, p.69-70). Neste ensaio, Lerche eleva a proporcionalidade ao nível do Direito Constitucional, vinculando definitivamente o Poder Legislativo. A questão de elevar a igualdade à proibição do arbítrio, cotejando a dimensão exigibilidade, do postulado da proporcionalidade, tem alguns problemas.

> [...] quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante um fim, mas em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação. (ÁVILA, 2004, p.102)

Embora se admita, com Canotilho, que a igualdade de oportunidades pressupõe que se eliminem as desigualdades fáticas (sociais, economias e culturais) para se assegurar uma igualdade jurídica.[35]

> Quando [...] no texto constitucional se reafirma o princípio da igualdade quanto ao acesso aos graus mais elevados no ensino e depois se completa este princípio com a imposição do estímulo e favorecimento da entrada de 'trabalhadores ou filhos das classes trabalhadoras', a constituição torna claro o entendimento do princípio da igualdade de oportunidades sociais, incumbindo ao legislador e a outros órgãos do Estado a eliminação das desigualdades de oportunidades. (CANOTILHO, 1994, p.384)

Esta igualdade jurídica de Canotilho não é universal e atemporal, sendo situada historicamente em um determinado modelo de Estado, o que leva o autor a construir a idéia de

---

[34] Para Zagrebelsky (2005, p.103): "*La toma de conciencia del carácter expansivo de los intereses económicos, multiplicados por las posibilidades derivadas de la tecnología, há hecho que el número de valores de justicia que pueden entre hoy en colisión con los derechos económicos se haya incrementado mucho respecto al pasado.*"

[35]Para Souza Neto, a liberdade não é meramente formal. Utilizando uma linguagem rawlsiana, importa afirmar que nos atuais contextos de escassez de recursos, a liberdade depende distribuição igual de oportunidades. Souza Neto (2006, p.166 ss.) considera mais apropriado falar de igualdade de capacidades, já que, por exemplo, não adiantaria dar as mesmas oportunidades para pobres e ricos, se estes se mostram mais capazes. O modelo cooperativo de Democracia deliberativa implica não só a igualdade de acesso ao procedimento democrático, mas igualdade quanto a capacidade de exercer real influência na vida política. O próprio Rawls (2003, p.83) afirma que, em uma sociedade, que ele intitula de bem ordenada, "em que todos os direitos e liberdades básicos e iguais dos cidadãos e suas oportunidades eqüitativas estão garantidos, os menos favorecidos são os que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas".

uma teoria constituição constitucionalmente adequada, e partir destas premissas afirmar o que tem dignidade constitucional.[36] Mais além, Canotilho (1994, p.154-155) é mais explícito, ao afirmar que o objetivo da teoria da Constituição expresso na "sociedade concretamente constituída [...] existiu antes do que posteriormente se considerou ser o ponto central da teoria do Estado e da Constituição - o Estado", tendo como conseqüência que a teoria da constituição "como teoria da sociedade constituída e como teoria de um Estado constitucional, reflectirá a dialéctica real [...] presente nas relações entre a constituição do Estado e a constituição da ordem social." (CANOTILHO, 1994, p.155). Em termos hegelianos, a dialética da não identidade entre Estado e sociedade.[37]

Equivoca-se quem entende que a teoria canotilhiana confere justificação para soluções jurídico-constitucionais, pois ela tão somente cria as condições para se achar estas soluções[38]. O autor da teoria da Constituição Dirigente critica a teoria sistêmica de Luhmann, afirmando que "São a compatibilidade, ordem, ordenação e funcionalidade do sistema e não as imposições normativo-constitucionais que ocupam lugar central na teoria da constituição de Luhmann." (CANOTILHO, 1994, p.105). Defende ainda Canotilho (1994, p.443) que há em sua teorização, um processo dialético de abertura constitucional, atrelado a vinculação do legislador. No sistema fechado, só a normação explícita (proibido, autorizado, imposto) é relevante, não havendo espaço para normação potencial. Já na constituição dirigente "mesmo quando há normação explícita, ela nunca é entendida como proibição de outra normação, embora secundária."

O que se exige é que a normação potencial não contrarie a normação explícita. É dizer que ela surja no campo da licitude, o que vai ao encontro do dispositivo constitucional vigente no Brasil, encravado no art. 5º, inciso II, da Constituição vigente, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." (BRASIL, 1998) Ao

---

[36] Para Canotilho (1994, p.78), "As respostas, em sede da Teoria da Constituição, deviam e devem, nesta perspectiva, ser respostas históricas concretas. É histórica."

[37] No mesmo sentido, Bobbio (1987, p.42) sustenta que "Mais do que uma sucessão entre fase pré-estatal e fase estatal da eticidade, a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado representa a distinção entre um Estado inferior e um Estado superior. Enquanto o Estado superior é caracterizado pela constituição e pelos poderes constitucionais, tais como o poder monárquico, o poder Legislativo e o poder governativo, o Estado inferior opera através de dois poderes subordinados – o Poder Judiciário e o poder administrativo". Percebe-se que na dialética de Hegel algo do superado sobrevive no que superou. A sociedade civil hegeliana é um fenômeno histórico, que modo que Hegel (1821, p.356 apud BOBBIO, 1987, p.43) afirma que "a descoberta da sociedade civil pertence ao mundo moderno."

[38] Já era esse o entendimento de Canotilho (1994, p.80), que já afirmava que: "A Teoria da constituição não fornece a justificação das decisões jurídicas, mas favorece a 'descoberta' ou investigação das soluções jurídico-constitucionais."

considerar a constituição como acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico, Luhmann, segundo Canotilho (1994, p.105), estaria conferindo menor valor ao "momento democrático do processo legiferante a favor de uma *legitimation durch verfahren*.", como se a funcionalidade do sistema fosse uma espécie de norma superior. É dizer, seguindo o raciocínio de Canotilho, que o fechamento operativo do sistema jurídico direito/não-direito, de Luhmann, impediria a normação potencial.

Neste sentido, discorda-se de Canotilho pois se entende que a autopoiese do direito é o cerne do conceito de positividade, e esta, por sua vez, implica o controle do código-diferença direito/não direito exclusivamente pelo sistema jurídico, o que contribui para o fechamento operativo, sendo este fechamento que conduz a abertura cognitiva ao ambiente. Frise-se que a qualidade normativa serve a autopoiese e a qualidade cognitiva serve a concordância deste processo com o ambiente do sistema, de modo que o fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente (NEVES, 2006, p.80 ss.). Nesta perspectiva, "o fechamento auto-referencial não constitui finalidade em si do sistema, antes é condição da abertura." (NEVES, 2006, p. 82), e havendo espaço para abertura cognitiva, não se pode dizer, categoricamente, que se impediria a normação potencial.

Não contemplando só a normação *in acto*, mas também a normação *in potentia*, a Constituição canotilhiana tem por função a garantia do existente e um programa para o futuro. Assim, para sua teoria, segundo o magistério de Souza Neto (2003, p.11), a igualdade material é "finalidade da democracia"; enquanto para a teoria democrático-deliberativa da constituição, a relação entre a democracia e a igualdade é que "esta não como finalidade daquela, mas como condição." (SOUZA NETO, 2003, p.28).

Sobre a constituição-programa acrescente-se que a constituição de Canotilho, além de jurídica, é uma constituição política.

> a fixação de formas ou processos adquire sentido material quando relacionada com determinados fins.Não sendo nenhuma organização neutra quanto aos fins, também a organização constitucional só alcançará dignidade material quando superar definitivamente as seqüelas de descrédito do Estado de Direito Formal.(CANOTILHO, 1994, p.151-152).

Reforça-se assim o entendimento segundo o qual há, para Canotilho uma interdependência entre o estado e a sociedade, e havendo nesta um exacerbado pluralismo, Canotilho (1994, p.268-

269) revê o postulado da unidade da constituição, afirmando que esta unidade "é um tópico categorial de certa utilidade quando com ele se quer significar unidade do texto constitucional [...]o princípio da unidade é expressão da positividade da constituição, e como tal, tem um sentido útil na interpretação sistemática dos preceitos constitucionais e na tarefa de concordância prática".

> Do mesmo modo que nem só as decisões legislativas ou judiciais integram o sistema jurídico – mas sim o conjunto das comunicações sociais sobre o código direito/não direito – também o sistema político não é composto exclusivamente pelas decisões atribuídas ao Estado. Todas as comunicações que, de algum modo, procuram influenciar qualquer premissa de decisão coletivamente vinculante integram o sistema político. [...]. Dessa perspectiva, a unidade do sistema jurídico não é decorrente das normas, valores, princípios e decisões judiciais, mas sim da operação de comunicação que o caracteriza. (NEVES, 2006, p.82-83)[39]

Para Canotilho (1994, p.274) as imposições constitucionais *stricto sensu* consistem na ausência de cumprimento da constituição por falta de regulamentação,[40] muito embora, apegado a proibição de substituição do legislador pelo magistrado, considera o autor que "[...] a fixação do silêncio Legislativo não adquire força executória contra o legislador." embora, permite-se a aplicação direta dos preceitos constitucionais, já que tais imposições, ao contrário das normas programáticas, são concretas, impondo por meio de diretivas a realização de tarefas e evocação de fins.

Para o autor, as imposições legiferantes são espécies do gênero imposição constitucional, tendo esta como destinatário os órgãos administrativos e judiciais.[41] Canotilho (1994, p.298) considera que as imposições constitucionais, como verdadeiras ordens positivas, cuja direção aponta para o Poder Legislativo, forçando-o a emitir leis aptas "(1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para a nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos princípios de lei fundamental."

---

[39] Neste mesmo sentido Campilongo (2002, p.154) afirma que "A sociedade funcionalmente diferenciada abre mão da noção de unidade para abraçar o princípio da diferença. A unidade entre ser, pensar e querer, centrada nos valores da verdade do bom e do justo é substituída pela multiplicidade de sistemas capazes de tratar a nova complexidade. As referências valorativas são fragmentadas no processamento das operações dos sistemas parciais. O problema passa a ser encontrar a unidade dessas múltiplas diferenças."

[40] Para Canotilho (1994, p.273 ss.) as Imposições constitucionais em sentido estrito – não cumprimento da constituição por falta de regulamentação – declaração do silencio Legislativo com declaração, pelo menos nos direitos fundamentais, da responsabilidade do legislador, permitindo a aplicação direta dos preceitos constitucionais, e não a substituição do legislador pelo juiz.

[41] Para Canotilho (1994, p.294), "Reconhece-se, porém, que o termo 'imposições legiferantes' sintetiza a principal problemática: o dever de legislação dos órgãos legiferantes no sentido de atualização e concretização de normas constitucionais."

Dada a importância das imposições constitucionais, e observando a separação funcional de funções e a idéia de que, só ao legislador se deve destinar uma dimensão política de criação normativa, Canotilho (1994, p.306) considera que "é compreensível que o legislador seja o destinatários exclusivo das imposições, qualquer que seja a importância da complementação do direito efetuada pela administração e jurisdição." Reforçam-se as objeções ao direito a emanação de normas, por parte de outro poder que não seja o Legislativo, ao afirmar que tal 'direito' "representaria uma violação do princípio da divisão de poderes e uma completa subversão da relação de força entre o Legislativo e o judicial" (CANOTILHO, 1994, p.339). Temperando a afirmação, afirma-se que "uma acção de emanação de normas só poderá reconhecer-se, quando muito, no caso de violação de direitos fundamentais por omissão legislativa." (CANOTILHO, 1994, p.340).

Não obstante as imposições constitucionais legiferantes assemelharem-se diretivas constitucionais, porque ambas carecem de conformação; "distinguem-se, porém, delas, pelo facto de terem o legislador como único destinatário e de obrigarem este a uma tarefa de conformação intrínseca determinada." (CANOTILHO, 1994, p.306).

Canotilho (1994, p.306) faz questão de aprofundar a discussão, afirmando que as directivas constitucionais "apresentam-se mais como normas de remissão, atributivas de competência ou definidoras de uma reserva de regulamentação, do que como normas concretamente impositivas de uma tarefa material."

Também não se podem confundir imposições constitucionais com normas programáticas porque aquelas são permanentes, mas concretas, enquanto "[...] as normas programáticas (as determinações de tarefas do Estado ou os princípios definidores de fins do Estado) são imposições permanentes, mas abstractas." (CANOTILHO, 1994, p. 315). Vinculando o legislador, heteronomamente, a teoria constitucional dirigente possibilita, efetivamente, a idéia de conferir eficácia aos direitos fundamentais de caráter prestacional, revelando o caráter objetivo dos mesmos. Este câmbio do legislador, que migra de uma idéia de Estado de Direito oitocentista para um Estado de Direito Democrático é possibilitado pela teoria da Constituição Dirigente.

> Um aspecto verdadeiramente nuclear, sob o ponto de vista da constituição dirigente, é o da dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado [...]. O 'acto de transformação' do legislador democrático surge assim, não tanto como acto que 'transforma' as pretensões abstractas das normas

> constitucionais em pretensões subjetivas individuais, mas como acto criador de pressupostos concretos, necessários ao exercício de um direito social. (CANOTILHO, 1994, p.368-369)

Neste sentido, ele refuta a tese de direitos fundamentais prestacionais como *ratio legis*, e os insere como *legis*, prontos para ser efetividade, quando ocorra iminência ou mesmo violação aos mesmos, ainda que não se estivesse diante de uma imposição constitucional *stricto sensu*, pois as normas programáticas, apesar de abstratas, tornam uma omissão administrativa ou legislativa, inconstitucional, com o decurso do tempo, ensejando a interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no plano do direito objetivo e do mandado de injunção na esfera do direito subjetivo[42].

> A não realização normativa das primeiras [imposições abstratas]situa-nos no âmbito do 'não cumprimento' das exigências constitucioanais, e eventualmente, no terreno dos 'comportamentos ainda constitucionais', mas que tenderão(no caso de sistemático não actuar Legislativo) a tornar-se 'situações inconstitucionais'. Neste plano se desenvolve, em grande parte, a luta político-constitucional em torno da constituição programática. (CANOTILHO, 1994, p.332)

Reforce-se que, quando a omissão legislativa inconstitucional parte de uma imposição constitucional concreta, ela não necessita do decurso do prazo referente ao não cumprimento das normas programáticas. Prevendo a ampla possibilidade de interpretar a Constituição, Canotilho (1994, p.346) considera que se deve abrir a legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão a um ou poucos órgãos constitucionais, mas também para "fracção minoritária dos deputados (por ex. 1/3 dos parlamentares), a certo número de municípios e regiões, a certo número de cidadãos, etc.", olvidando o mestre de Coimbra de propor a legitimidade ao representante-mor da Defensoria Pública, que pelo repositório de anseios dos hipossuficientes, é agente político abalizado para propor, não só a referida ação, mas também a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, e no caso do Brasil, *de lege ferenda*, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

---

[42]Para Rocha (1995, p.150 ss.), o princípio da separação de poderes não é violado pelo provimento do mandado de injunção, pois há exercício de competência autorizada pela CF/88. O juiz não cria norma geral e abstrata, mas procede auto-integração do direito. O erro do STF ao afirmar que a competência para regular normas constitucionais é do Legislativo remete ao raciocino burguês do século XIX.

Com a abertura do rol de legitimados para propor controle de constitucionalidade de leis, percebe-se um deslocamento da problemática para o princípio democrático, que adjetiva, doravante o novel Estado de Direito.[43]

> A proposta de compreensão material de toda constituição dirigente(e conseqüentemente das imposições constitucionais), e o caráter de impulso e incentivo atribuído ao bloco normativo-programático obriga, porém a deslocar a questão do campo das garantias tão-somente jurídicas para o terreno das garantias democráticas. (CANOTILHO, 1994, p.348)

Não se queira dizer que há, em Canotilho, a pretensão de concretizar a Constituição programática por meio de reexame judicial ilimitado, já que aumentando a demanda estatal em demasia, pode levar a 'armadilha' de se considerar que os direitos fundamentais se condicionam a reserva do possível.

> No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a aporia da constituição dirigente: a um máximo de 'desejabilidade constitucional' de direitos econômicos, sociais e culturais corresponde, em geral, uma relativização deles, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efectividade constitucional a programada reserva do possível. (CANOTILHO, 1994, p.365)

Há, em Canotilho um Duplo caráter dos direitos sócio-económico-culturais. Assumem eles o caráter subjetivo, ao se situarem no espaço existencial do cidadão, independente de sua exeqüibilidade imediata e o caráter objetivo; ora quando as normas estabelecem imposições legiferantes criadora de condições materiais para os exercícios dos citados direitos; ora quando as imposições constitucionais vinculam o legislador a fornecer prestações aos cidadãos. (CANOTILHO, 1994, p.367-368). A pretensão da teoria de Canotilho é criar um ambiente de *welfare State*, conferindo eficácia aos direitos fundamentais prestacionais[44], onde os poderes públicos tanto devem cumprir o programa constitucional, como as imposições constitucionais.

A constituição dirigente também vislumbra um problema nuclear das democracias atuais, nomeadamente, o fato de que o consumismo da sociedade mundial terminou por produzir cada vez mais expectativas, que mesmo em países centrais são frustradas em sua maioria, levando a ingovernabilidade, razão pela qual, Canotilho (1994, p.392) alerta que a teoria da constituição

---

[43] Binenbojm (2004, p.246) endossa este entendimento, advogando a tese segundo a qual: "[...] os princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionalmente do próprio regime democrático, assim quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte de legitimidade da jurisdição constitucional."

[44] Para Carvalho (2001, p.10), "Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a da justiça social."

dirigente "[...] é indissociável, como qualquer outra teoria, da pré-compreensão do Estado e da sociedade.".

Havendo a compreensão de Canotilho de que houve a mobilidade do estado interventor no século XX para a democracia enquanto princípio estruturante, enquanto qualificativo de um novo Estado de Direito, vê-se com nitidez que a relação entre Constituição e democracia é melhor compreendida ao se cotejar a nova relação entre jurisdição e legislação[45], na medida em que esta função não representa mais toda produção jurídica, restando àquela função estatal contribuir para a formação do ordenamento jurídico, tornando *"[...] abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento. Si ese derecho no se respetase , tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático.*"[46] (ZAGREBELSKY, 2005, p.153)

> A partir de uma distinção aparentemente bem demarcada entre legislação e jurisdição, o Poder Judiciário cunhou a imagem de um poder neutro e imune às influências políticas, econômicas ou de qualquer outra natureza que pudessem corromper sua fidelidade interior aos sistemas normativos (nos países de tradição romano-germânica) ou as precedentes (nos países de '*common law*')[47]. (CAMPILONGO, 2002, p.27)

Não obstante a imunização do Judiciário, este não deveria desconsiderar que, no século XX, "A consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à Justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais." (SANTOS, 1989, p.45), sob pena do

---

[45]Para Zagrebelsky (2005, p.152) *"[…] teniendo en cuenta la relación de tensión entre Constitución y democracia, se comprende lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación.*"

[46] Na lição de Albuquerque (2003, p.53 ss.), o qualificativo de democrático ao estado de direito protege melhor direitos fundamentais porque o defende de tendências burocráticas; porque pressupõe alternância no poder e porque permite inovações por meio do Poder Judiciário.

[47]Pela tese de Albuquerque (2003, p.94), "Resulta, pois, que a motivação judicial para agir não derina somente de considerações de natureza metodológica, mas sobretudo, pelo dever institucional de decidir (proibição do *non liquet)*. Este aspecto confere à jurisdição o caráter arquétipo, diferenciado da atividade legislativa do Estado e do poder executivo e administração. diferencia jurisdição de legislação e administração." Campilongo (2002, p.41), afirma, no mesmo sentido que "Ter que decidir, e de modo independente dos demais poderes, é decorrência de um recorte 'não político' auto-atribuído às instituições jurídicas"., e arremata este autor que "As regras de interpretação e argumentação jurídica procuram orientar o juiz no momento de aplicação seletiva do código de comunicação do sistema jurídico(direito/não direito). É a partir desta operação e com base no '*non liquet'* que se dá o fechamento autopoiético do direito.[...] Nas palavras de Lourival Vilanova 'o dever de julgar confere completabilidade ao sistema, não é a completude condição do dever- de-julgar. Em outros termos: existe completude porque existe o dever-de-julgar. Esse dever genérico deriva do direito'[...]. Ainda na lição de Lourival Vilanova, 'o fechamento tão só exprime a continuidade normativa, a sucessividade dos níveis de proposições deônticas do sistema. Tão apenas exprime que o dever-ser provém do dever-ser." (CAMPILONGO, 2002, p.81).

retrocesso dos direitos fundamentais prestacionais à idéia oitocentista de meras declarações sem força normativa[48], agravando a exclusão social.

Carente de uma Defensoria Pública autônoma, o Brasil, e.g., inclui-se no rol dos que possuem "exclusão social" ampliada, que no dizer de Müller (2000, p.45 apud SOUZA NETO, 2003, p.10) não diz respeito só a pobreza, mas as causas que levam a ela, por meio da " 'reação em cadeia da exclusão' que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política." Além do mais, Canotilho (1994, p.402) demonstra cautela em seus escritos, evitando cair em teorizações utópicas, ao concluir que "um sistema que gravita sobre si próprio como o constitucional e que, em grande medida, é direito sem sanção, deve limitar suas ambições se quiser assegurar a sua força normativa." A partir daí se entende que a Constituição também deva possuir mecanismos que a adapte a mudanças dos condicionamentos propostos pela realidade social.

> Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de uns poucos princípios fundamentais cujo conteúdo [...] mostre-se em condições de ser desenvolvido. A 'constitucionalização' de interesses momentâneos ou particulares, exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional. (HESSE, 1991, p.28)

O problema não é o excesso de reformas, mas se estas servem para corrigir problemas substanciais, ou se só visam interesses efêmeros, o que, neste último caso, paulatinamente, vai incutindo na consciência geral e dos governantes, a crença de que a normatividade é volátil, o que traz perda de força normativa, de modo que se deve conter o ânimo, evitando as mudanças casuísticas, mesma que elas tenham um efeito imediato de suposto ganho de governabilidade. O sacrifício de um interesse momentâneo traz, a longo prazo, a crença generalizante na força normativa da Constituição. Basta ver a Constituição americana, que já possui mais de duzentos anos, e ainda demonstra vitalidade.

Vale então a crítica de Canotilho à Constituição do Brasil, que já possui ao redor de sessenta emendas, cujo caráter que prevaleceu foi a dimensão procedimental, que, em regra, resolveu problemas transitórios de governo[49], o que demonstra o elevado grau de variabilidade,

---

[48] A idéia de uma Defensoria Pública autônoma contribui para evitar o precário acesso a justiça dos hipossuficiente, conferindo às normas programáticas uma real força normativa, ao invés de meras declarações políticas, as quais fomentaram nos estados de modernidade tardia, a crise da constituição dirigente.

[49] Canotilho (2005, p.20-21) afirma que "as questões que se discutiram nas revisões constitucionais [no Brasil] diziam mais respeito a uma outra Constituição (a constituição processual, procedimental: as súmulas vinculantes,

seletividade e estabilização, típico de Estados periféricos[50], distinguindo-os dos estados centrais, que mudam menos, mas a mudança é, predominantemente, substancial, o que não retira a força normativa de suas Constituições.

> [...] o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política. As normas constitucionais programáticas põem a claro que a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direcção política não é apenas uma vinculação através dos limites, mas uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para estes mesmos actos [...]Elas contribuem para diminuir as pretensões de poder ou domínio prae ou extra-constitucional. (CANOTILHO, 1994, p.464)

Desta forma, as normas programáticas terminam por ser pressuposto que evita "o existencialismo político, o monarquismo constitucional e o Estado de direito formal.". Sua pretensão confessa é que a teoria da constituição dirigente possa superar a "estática constitucional, sem que a constituição deixe de ser ordem fundamental.." (CANOTILHO, 1994, p. 466) Canotilho (1994, p.468) distingue programa constitucional e programa de governo, afirmando ser este "apresentado perante o parlamento, individualizador de fins e tarefas que o governo se propõe realizar em conformidade com a constituição, durante determinado período", o que se dá, ou no início da legislatura ou no começo do mandato do chefe do Poder Executivo, de onde se conclui que, enquanto o programa constitucional tem uma função mais constitucional do que política, no programa de governo prepondera a função política.

Não se quer dizer que o programa constitucional juridiciza todo o governar, pois "enquanto a juridicização servia a política, o Estado de juízes era o coroamento do Estado de direito; quando a juridicização constitucional entrava a política, proclamava-se a autonomia do político e da ideologia em face da constituição." (CANOTILHO, 1994, p.471). O Canotilho de 1983 dizia:

> A desconstitucionalização de matérias em nome de uma desejada desestadualização e desregulamentação mostra as conseqüências de uma apressada crítica contra a juridicização conduz: aquela -: a desestadualização - propõe a substituição da normatividade constitucional pela economização da política e da vinculação jurídica do sistema político pelas leis econômicas; esta - a desregulamentação – pede a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos para tornar mais claudicante o estatuto político-social já alcançado(direito dos trabalhadores, medidas sociais, garantias de qualidade de vida). (1994, p.471)

---

a reeleição do Presidente da República) do que propriamente ao conteúdo programático. [...] O fato de dizermos que deve haver uma Constituição procedimental não significa que o texto se reduza apenas a um esqueleto normativo, sem sustância, sem verbo, sem espírito, sem matéria".

[50] Esta é a tese de Campilongo (2002, p.170), segundo a qual "Nos países centrais, o processo de variação, seleção e estabilização de expectativas normativas é mais lento e durável". Neste sentido Cordeiro (2002, p.IX) sustenta que "As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica.".

Mudou Canotilho, em sua segunda edição do compêndio em análise, como se terá oportunidade de falar, ao tratar da crise da Constituição dirigente, não obstante, já na primeira edição, Canotilho (1994, p.467) já se defende das críticas sobre a tendência de aprisionar excessivamente o político, afirmando que "Não significa isto que se considere a constituição como único tema a desenvolver pelo legislador, ou que vise uma panconstitucionalização da vida da comunidade."

> A contribuição mais interessante de Gomes Canotilho é o esforço de aprofundamento e de procura de efectividade da Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins económico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. [...] A política não é um domínio jurídicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direcção política não é apenas uma vinculação através de limites mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos actos. E a Constituição não é só uma abertura para o futuro mas também um projecto material vinculativo, cuja concretização se confia aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito. (MIRANDA, 1996, p.63).

Equivocam-se críticos da teoria da constituição dirigente, quando advogam que a mesma tende juridicizar completamente a atividade do governo, inviabilizando-o. A idéia de Canotilho é afastar-se de duas armadilhas que minariam a força normativa da Constituição, a saber, a economização da política; e uma mínima vinculação do legislador à constituição. O problema da normação constitucional de tarefas estaduais tende, portanto, a descentrar-se do debate em torno da legitimidade e oportunidade de fins econômico-sociais constitucionalmente plasmados para se concentrar na realidade de sua constitucionalização positiva. (CANOTILHO, 1994, p.167).

3.3 A crise da constituição dirigente

Entende Canotilho (1994, p.13-14) que "a interdependência teorético-jurídica e teorético-social surge, no campo da reconstrução da teoria, através de uma teoria material, concebida também como teoria social." Desta interdependência teorético-jurídica e teorético-social , conclui o autor que a "Racionalidade do Estado constitucional não significa emancipação progressiva do direito constitucional em relação às instâncias extra-jurídicas; de forma a constituir uma espécie de universo fechado." (CANOTILHO, 1994, p.44-45); de modo que é equivocada a compreensão da teoria da Constituição dirigente como consenso jurídico da profissionalização; ao contrário, ela surge também como produto social.

A teoria canotilhiana é reconstrutiva porque refaz a teoria material, para recompô-la em nova forma, para que se alcance o fim a que ela se propôs, ou seja, construir uma teoria da Constituição, cuja idéia fundante é dar normatividade a todo o texto constitucional, por meio da facticidade e assim tornar efetivas, sem exceção, as normas constitucionais.[51] Canotilho (1994, p.65), ao tratar de Constituição, paradigmas e reconstrução racional afirma que "a compreensão do pensamento de execução, por exemplo, não dispensa ainda hoje o apelo a Schmitt, assim como a abertura e a unidade de ação de uma lei fundamental requerem a referência a Smend e a Heller."

Assim, pois, a partir da redemocratização de Portugal, a teoria da constituição dirigente passou a fornecer embasamento para que se fomentasse um Estado interventor que, vinculando o legislador pelos fins constitucionais, assegurava maior prestação de serviços públicos, sobretudo, as classes sociais lusitanas menos favorecidas. O constitucionalismo português, posterior à revolução dos cravos, buscou dar efetividade as normas constitucionais, por meio de instrumentos dogmáticos e processuais.

Na Constituição portuguesa vigente é plenamente factível tal empreendimento, pois além de extenso rol de direitos individuais, a Magna Carta lusitana possui amplo espectro de direitos sociais[52], além de ter um claro projeto para o futuro, o que reforça a sua força normativa.Não obstante estas características não superem em relevância a ambiência de *welfare State* europeu, pois Portugal, territorialmente presente em um mercado economicamente rico, passou a se beneficiar deste mercado, integrando-se na União Européia, o que possibilitou, além da ajuda financeira cedida também a Estados como Espanha e Grécia, que houvesse livre circulação não apenas de mercadorias, mas também de cidadãos portugueses, o que incrementou o avanço do número de empregos, tornando o Estado Português mais desenvolvido, com conseqüência de redistribuir renda, entre os mais necessitados.

---

[51]Para Bercovici (2003, p.116), o objetivo de Canotilho é mais amplo, pois busca a "reconstrução da Constituição por meio de uma teoria material, concebida também como teoria social."

[52] Para Hesse (1998, p.170-171), "direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, [...] de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtém, com isso, primazia sobre o estabelecimento de objetivos políticos; nisso, a liberdade conformadora do legislador é restringida."

Assim a integração européia, forneceu, de início, para Estados europeus de modernidade tardia[53], como Portugal, uma potencialidade de crescimento, baseado em uma integração, que não era pura e simplesmente econômica, mas, sobretudo, social e cultural. No Brasil passou-se diferente, pois sendo um Estado de modernidade 'mais tardia' do que Portugal, não encontrou ainda no direito comunitário, uma integração mais do que econômica, e esta última de modo ainda tímido. É dizer, nem o Mercosul se desenvolveu satisfatoriamente, nem a aliança de livre comércio das Américas, teve a força de se impor, o que se tornou um bloqueio ao desenvolvimento pela ausência de abertura constitucional, a ser promovida pela interconstitucionalidade, que insere as constituições do mercado comum em rede, possibilitando um aprendizado maior.

Outro fator de desenvolvimento retardado, deveu-se ao fato de que, não há, em um futuro próximo nenhum indício de que haverá uma integração nas Américas, que coteje também questões de fundamental relevância como a que está se passando na Europa, a saber, o fator social, o fato político e o fator cultural.; de modo que se está falando não só de lugares geográficos distintos, mas também de lugares hermenêuticos diversos[54], quando se trata de Portugal e de Brasil, onde se deveria formular uma teoria constitucional de Estados periféricos, como forma de teoria da constituição constitucionalmente adequada.

Tratando da descoberta do 'outro', na América latina, Oliveira (1996, p.394) parte de uma nova filosofia a qual "é intrinsecamente ética e não meramente teórica, ou seja, a aceitação do outro como outro já significa uma opção ética. A filosofia é um silenciar da palavra dominadora e um abrir-se à provocação do pobre." Aqui há uma aproximação da filosofia com as ciências hermenêuticas, mas sobretudo com as ciências sociais, tais como a sociologia e o direito, pois

---

[53] Neves (2003, p.234) mostrava a situação portuguesa, de Estado periférico europeu, já no século XIX, mormente com a elevação do Brasil a categoria de Reino Unido de Portugal a Algarves: "Privado da maior parte dos recursos de suas possessões ultramarinas, sem os lucros do comércio colonial, humilhado por sua dependência em relação à Inglaterra, que –dá lei em nossa casa, nos acovarda e nos torna uns coitados-, nas palavras do jornalista Bernardo da Rocha Loureiro, Portugal achava-se reduzido a um lugar periférico dentro do sistema imperial luso-brasileiro. Esta crise provocava o descontentamento da burguesia portuguesa em relação ao antigo regime e a desagregação do bloco social que até então apoiara o Estado Absolutista, agravando-se com a incapacidade de elaborar uma estratégia política que articulasse os interesses da antiga metrópole. A crise adquiria assim um matiz nacional e apesar da presença de um liberalismo bastante moderado, partilhado pelos diversos grupos sociais, criava-se um clima propício a uma revolução.", que começou em 1820, na província do Porto. Era o fermento para fez crescer no inconsciente coletivo o desejo por mudanças. As idéias liberais, oriundas da Constituição Espanhola, intitulada Constituição de Cádiz, logo agradaram a classe média lusitana, sobretudo os militares de menor patente, negociantes, médicos e magistrados, verdadeiro "partido patriota".

assume a busca de uma genuína cultura da América Latina, adentrando na sua razão de ser, traduzida na descoberta de suas peculiares concepções filosóficas, religiosas e morais do que é o bem, ao invés de importar, acriticamente, doutrinas abrangentes razoáveis de Estados centrais.

O próprio Canotilho, hodiernamente, entende que o dirigismo constitucional já tem uma tendência, que se diria inexorável, de se deslocar para o direito comunitário[55], expresso nos tratados internacionais da União Européia, e com ela o teor programático das normas migra para as normas jurídicas extraídas dos tratados, que prevêem, de modo cada vez mais claro, que a União Européia e não os Estado isoladamente, tratarão de questões como geração de empregos, direito de ir, vir e permanecer, do "cidadão' europeu, dentre outras prestações fundamentais que, outrora, eram levadas a termo pelo Estado. O caráter revolucionário de algumas normas constitucionais portuguesas, tais como a evolução para um socialismo, foram deixadas para trás, para que Portugal viesse a se integrar, com mais intensidade no mercado comum europeu, o que levou o autor da teoria da constituição dirigente a admitir que alguns serviços públicos podem e devem ser operacionalizados por empresas privadas, e ainda nesta linha, percebe-se que há um franco movimento de desregulamentação, ao ponto de Canotilho falar em perda gradual da centralidade da constituição portuguesa.

Ressalte-se que a perda da centralidade da constituição dirigente é reflexo direto da perda gradual de centralidade do Estado Europeu, sobretudo a sua idéia organicista hegeliana, valendo a crítica de Zagrebelsky (2005, p.65) que assevera que "*el descrédito en que, en la segunda posguerra, cayó la idea hegeliana 'total' del Estado como realidad en acto de la idea ética objetiva 'que se piensa y sabe a sí misma y lleva a cabo lo que sabe y en la medida en que lo sabe'*" Justifica-se a postura de Canotilho, na década de 70-80, ao criar uma teoria que potencializasse a efetividade das normas constitucionais, resgatando a crença do povo em uma

---

[54] Dussel (apud OLIVEIRA, 1996, p390) afirma que "o pensamento latino-americano era, então, inautêntico, porque em primeiro lugar, não passava de uma repetição do pensamento europeu e, em segundo lugar, ignorava-se a realidade latino-americana."

[55] "Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional revolucionário capaz, de por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro', neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais." (CANOTILHO, 2001, p.XXIX-XXX).

nova constituição, já que a Magna Carta anterior havia sido corroída pela ditadura franquista. Sua contribuição ainda persiste, embora mitigada, pois a teoria da constituição proposta, cumpriu o relevante papel de fornecer normatividade ao programa previsto no texto da constituição portuguesa de 1976, e que encontrou uma realidade similar à lusitana: o Brasil pós ditadura militar .

Admite, hodiernamente, Canotilho (2005, p.16), que houve, "uma certa deslocação: a imperatividade desloca-se do texto constitucional para os estatutos de organizações supranacionais." Não foi mera coincidência que o constitucionalista português, com sua teoria normativa da constituição dirigente, influenciou tanto a produção do poder constituinte brasileiro, como o pensamento de doutrinadores brasileiros, que inauguraram o que Souza Neto (2003, p.13) intitula de "constitucionalismo brasileiro de efetividade". Neste contexto, lançou-se as bases da existência de "normas constitucionais de eficácia limitada aos princípios programáticos" (SILVA, 1999) também conhecidas como normas programáticas, que foram alçadas ao status de normas jurídicas, sendo, daquele momento em diante, legítimos os atos praticados em conformidade com o programa social da Constituição, desde que levados a termo consoante os procedimentos constitucionais.

O constitucionalismo brasileiro anterior a 1988 era forte crítico das ideologias reacionárias, e sua miopia consistia em não perceber que, a despeito de um texto constitucional limitado, havia possibilidade de efetivação do programa constitucional, através de uma interpretação/aplicação que buscasse razões e fins a que a norma jurídica se referia, seja ela norma-princípio, seja ela norma-regra[56].

Canotilho (2001, p.224), comentando, na segunda edição do seu compêndio Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, afirma que a Constituição Dirigente é concebida "como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática." A constituição brasileira vigente parecia e ainda parece ser

[56] Pela lição de Zagrebelsky (2005, p.110), "*Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios [...] distinguir los principios de la reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.*". Muito embora, "um modelo constituído exclusivamente por regras conduz a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, própria de uma organização política monodimensional." (CANOTILHO, 1998, p. 1126).

plenamente compatível com o empreendimento, pois além de extenso rol de direitos individuais, o que a torna uma constituição-garantia, a Magna Carta possui amplo espectro de direitos sociais[57], além de ter um claro projeto para o futuro, demonstrando sua tendência ao dirigismo constitucional, o que, em tese, reforçaria a sua força normativa.

Ao menos na concepção inicial do compêndio Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, considerava-se possível fixar, em um contexto histórico presente, um projeto social para cidadãos das futuras gerações, e aqui começa a problemática de sua teoria. A idéia central de Canotilho é a de legitimar, materialmente, a Constituição, por fins e tarefas previstos na própria Carta Magna, as quais o mestre lusitano, através das imposições constitucionais, que ele entende ser função tanto da legislação, como da direção política, de modo que o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação. Esta vinculação do legislador aos fins e tarefas da constituição tinha sentido para Estados centrais europeus que, na década de oitenta do século XX, pois suas Cartas Magnas ainda não haviam perdido significativa centralidade, de modo que ainda possuíam elevada força normativa, o que, vem, paulatinamente sendo revisto, sobretudo com o atual declínio do *welfare State.*

A atual crise do *welfare State*, motivada pelo excesso de demandas sociais e redução da capacidade de suprir tais demandas, por Estados isolados[58], levou a perda de centralidade de cada constituição dos Estados europeus, e repercutiu, negativamente, para Estados periféricos, através da imprevisibilidade das decisões judiciais, gerada pelas normas contratadas[59], de modo que o aumento do aspecto contingencial, terminou por reforçar a teoria civilista da imprevisão[60], cuja

---

[57] Para Miranda (1997, p.232-233), as normas constitucionais vigentes, no Brasil, "Relevam também para os direitos fundamentais a garantia institucional da advocacia (art. 113.º); a criação da Defensoria Pública ao serviço do necessitado(art. 134.º); e as limitações ao poder de tributar, designadamente a não retroatividade das leis criadoras de tributos(art. 150.º)."

[58] No dizer de Neves (2006, p.159), "A inserção cada vez maior do Estado na ordem internacional e, sobretudo, a crescente emergência de ordens jurídicas 'supranacionais' de âmbito regional, cujas normas têm validade imediata no âmbito interno de cada Estado-membro, conduziram a uma crise do conceito de soberania formulado pela Teoria Geral do Estado entre o fim do século XIX e meados do século XX."

[59] Para o professor peninsular, "Em nossas sociedades pluralistas constituídas por grandes grupos organizados em conflito entre si, o procedimento de contratação serve para manter em equilíbrio o sistema social mais do que a regra da maioria; esta última, dividindo os contendores em vencedores e vencidos, permite o equilíbrio do sistema apenas onde é consentido à minoria tornar-se por sua vez maioria." (BOBBIO, 1987, p.118).

[60] Campilongo (2002, p.40) possui o entendimento de que "O Judiciário do século XX vai se deparar com a explosão de litigiosidade (agora também coletiva, inclusive em termos de legitimidade para a ação processual) e que confere amplitude muito maior para o princípio '*rebus sic stantibus*'".

tendência é reduzir direitos fundamentais das classes sociais menos favorecidas, já que o Judiciário ainda decide, em geral, privilegiando as classes mais abastadas[61].

No Brasil, não houve ainda o deslocamento da centralidade da Constituição para os tratados de direito comunitário do Mercosul, e ainda há a tentativa de descredibilizar a constituição dirigente, movida, dentre outros fatores, por uma elite organizada e reacionária, de um influxo cada vez maior de empresas transnacionais e dos regionalismos intolerantes; o que contribuiu, sobremaneira, para que a *Lex Legun* ainda não tivesse a força normativa pretendida por Canotilho.

> A experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. (NEVES, 2006, p.246)

A defesa de Canotilho, para quem a questão sobre a vinculação do legislador não deve ser apenas problema de legalidade constitucional, mas também de legitimidade, encontra vozes dissidentes. Zagrebelsky (2005, p.13), defensor da perda de centralidade da Constituição, afirma, divergindo de Canotilho, que, considerando o excesso de complexidade nas hodiernas sociedades:

> *[…] a la constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad de cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u outro signo, en el ámbito de lás posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.*

As sociedades hipercomplexas exigem um pouco de flexibilidade, incerteza e improbabilidade na interpretação da Constituição e da lei, pela existência de esfera pública heterogênea. O que se veda é a interpretação insusceptível de ser atribuída ao texto na esfera pública. Proíbe-se uma interpretação que conduza ao absurdo.[62] Para se definir tais orientações, dado o fato do pluralismo, se dá uma luta entre as diversas correntes políticas, conforme as regras estabelecida na Constituição dai porque, segundo Zagrebelsky (2005, p.13), "*con referencia a los Estado pluralistas actuales, antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar*

---

[61] No entender de Neves (2006, p.255), "Enquanto [no Brasil] a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados [em geral, os pobres], a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados [em geral, os ricos]juridicamente.[...]A conexão entre legalismo e impunidade obstaculiza a construção de uma esfera pública e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito".

[62] É a tese sustentada por Neves (2006, p.211), para quem "Enunciado interpretativo 'estranho' significa aqui interpretação absurda, inteiramente implausível, isto é, totalmente insusceptível de ser atribuída ao respectivo texto na esfera pública."

de Constitución sin soberano"[63], onde,e.g., se um partido político com orientação de esquerda assumir a maioria parlamentar ou a chefia do Poder Executivo, o texto da Constituição terá um conteúdo e se outro partido, com orientação ideológica distinta, no período eleitoral imediatamente posterior, assumir o poder político, haverá uma nova interpretação do texto da constituição; não obstante tanto governo como oposição estão limitados pelo texto das cláusulas pétreas, além de não se dever violar o *telos* da norma constitucional.

Para Canotilho, mesmo as normas de eficácia limitada servem como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade por ação; servem ainda como paradigma para a constatação da inconstitucionalidade por omissão; e, modernamente, a doutrina brasileira da dogmática da efetividade considerou um terceiro efeito, nomeadamente, a eficácia impeditiva de retrocesso, segundo o qual, uma vez regulamentada a norma constitucional, é vedado ao legislador ordinário, produzir legislação *ex post*, que venha a retirar a efetividade do preceito constitucional, embora este terceiro efeito deva ser mitigado, diante dos inúmeros direitos sociais prestacionais elencados pela Constituição Cidadã, sem reduzir os direitos fundamentais ao mínimo existencial. É que, diante do grande elenco de direitos fundamentais, opta-se pela posição de Souza Neto (2006, p.282)[64], para quem "[...] o retrocesso social pode ser judicialmente fulminado tão-só quando afetar a esfera de fundamentalidade material."

É inegável que, com os três efeitos, o grau de sindicabilidade judicial ao programa constitucional aumentou; sobretudo com a inserção de novos instrumentos jurídico-processuais, tais como a ação direta de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção, o que só reforçou, teoricamente a idéia de que o processo constitucional é "instrumento de realização do programa inscrito em nossa constituição." (GUERRA FILHO, 1999, p.17). No Brasil, a teoria canotilhiana foi amplamente recepcionada pelo poder constituinte originário, que foi fundado em 1987, culminando com uma Constituição que aliava um amplo rol de direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações, com elastecimento do rol de normas constitucionais de eficácia limitada ao programa, também intituladas de normas programáticas,

---

[63] Também Campilongo (2002, p.127) afirma que "Para a visão que a teoria dos sistemas tem da democracia, não existe um futuro, mas sim vários futuros possíveis, contingentes, imprevisíveis para a sociedade e para a própria democracia. O que se descarta – e isso nada tem de antiliberal e autoritário – é, definitivamente, o oposto: que se possa predeterminar o futuro."

[64] Para Souza Neto (2006, p.251), "A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os meios de subsistência, mas também a igualdade de meios para agir.", e neste sentido, se percebe que o autor não reduz os direitos fundamentais a reserva do possível, embora não os elasteça, além dos limites da cooperação social,

além de normas de caráter revolucionário, tais como os juros de 12% ao ano e a função social da propriedade.

O Estado Constitucional dos direitos fundamentais, que surgiu na Europa, com mais veemência, após a segunda guerra mundial, afinal deu as tímidas boas vindas ao Brasil, com agravante atraso de quase quatro décadas.

> [...] sucessor daquele (Estado Constitucional da separação de poderes), e conspicuamente marcado de preocupações distintas, volvidas, agora menos para a liberdade do que para a justiça, porque a liberdade já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a justiça, com anseio e valor social superior, estava longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positividade e concreção. (BONAVIDES, 2003, p.34)

No entanto, a preocupação brasileira, como o foi a portuguesa, daquele momento, foi a de efetivar as normas constitucionais, mormente as jusfundamentais. Fazer justiça no caso concreto, seria, segundo Canotilho, aplicar a Constituição; eis uma das questões prementes do novel Estado Constitucional. Em sua tese 1.14, in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Canotilho (1994, p.474) expõe sua maior preocupação com a efetivação das normas constitucionais:

> A postura hermenêutica aponta para a idéia de os problemas da constituição serem visualizados como problemas de concretização, mas ao contrário do que acontece com a obsessiva inversão metodológica da hermenêutica- reduzir os problemas da aplicação-concretização a problema de método e interpretação- uma metódica constitucional, como a que aqui se acolhe, aponta para um continuum de regulação em que o primado da concretização pertence às instâncias legiferantes.

Nesta busca por um projeto para o futuro, reafirma-se a Teoria da Constituição Dirigente com base na premissa segundo a qual a igualdade material é um fim da democracia. Embora seja plausível a idéia de que igualdade seja buscada, pela democracia em construção; ela ainda não surtiu o efeito desejado no Brasil, valendo a crítica de Bercovici (2003, p.77):

> Esta Teoria da Constituição talvez excessivamente preocupada com as questões de interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional em um país periférico como o Brasil. A globalização e o neoliberalismo apenas acentuam esta inadequação da nossa teoria constitucional. Soluções são meramente entender que basta está positivado na Constituição valores consagrados(instrumentalização da Constituição) ou a crença em um Judiciário salvador da pátria.

---

evitando gerar excesso de expectativas, provavelmente frustradas, por conta da escassez de recursos, maior nos países periféricos, menor nos centrais.

Embora não expressado por Canotilho, percebe-se ainda no Brasil, uma tendência a consolidar uma determinada doutrina abrangente razoável, menosprezando os influxos normativos advindos de outras concepções morais, filosóficas e religiosas do que seja o bem, trazendo consigo dificuldades maiores, pois não há suficiente teorização no sentido de ultrapassar a idéia segundo a qual o conflito não é necessariamente negativo, e que deve ser expurgardo. O desafio é possibilitar o salutar enraizamento do que é diverso, do que é distinto[65], desde que a doutrina abrangente distinta não contrarie os valores constitucionais positivados e situados historicamente.

Errados estão os que, no Brasil ainda se afasta, absolutamente do não-direito do sistema jurídico e do não-governo no sistema político, como se, no futuro, estes códigos comunicativos não pudessem vier a tona, e ainda mais fortemente, de modo inexorável, como conseqüência de uma demanda social reprimida. Esta miopia, na busca de um consenso conteudístico, só levou a um falso otimismo de que o Judiciário corrigiria os excessos Legislativos, o que não vem acontecendo no Brasil.

> O restante da doutrina, em sua imensa maioria, continuou a entender o dilema constitucional brasileiro dentro dos tradicionais parâmetros da dicotomia Constituição X realidade, mantendo uma visão extremamente otimista, para não dizer ingênua do Poder Judiciário, como grande esperança na concretização da Constituição de 1988. (BERCOVICI, 2003, p.76-77)

Desconfiar do Legislador e colocar a decisão no juiz de um país periférico como o Brasil é algo que ainda não logrou êxito, sobretudo pelo fato de que a centralidade da Constituição ainda não é majoritariamente aceita. Aqui há o equívoco apontado por Albuquerque (2003, p.84), para quem o excesso de valorização da jurisdição não observa as formas por meio das quais se constrói expectativas normativas.

> Basta evocar o problema atual da afirmação do Estado de Direito (sem mencionar os efeitos desestabilizadores da economia mundial), para constatar que a complexidade do Estado moderno não pode ser nem enfrentada nem ser reestruturada a partir de um único sistema ou subsistema, como o dos Tribunais.

Neste sentido, arremata Bercovici (2003, p.118), afirmando que "como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais

---

[65] Pelo magistério de Hesse (1991, p.21): "Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela [a Constituição] incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direito fundamentais não pode existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo."

para a despolitização da Constituição." O problema é que, ao reduzir a importância da teoria do estado e da política, a teoria de Canotilho, associado a um mundo cada vez mais globalizado, produziu em um Estado periférico, como o Brasil, uma Constituição meramente simbólica, pela "desconstitucionalização fática no processo concretizador do direito ou uma concretização jurídica desconstitucionalizante" (NEVES, 2006, p.256). De modo diverso de Portugal, no Brasil ainda não há uma consolidação democrática, movida, dentre outros fatores, porque há um óbice a 'um Brasil' como Estado de Direito Democrático.

Para Neves (2006, p.246), "não se trata apenas do problema da eficácia das normas constitucionais [...]. Ao texto constitucional, em ampla medida, não correspondem expectativas normativas congruentes generalizadas" [66], o que tende a esvaziar sua relevância jurídica, e a conseqüente perda gradual de força normativa no Brasil. É dizer, com inspiração luhmanniana, que o direito não produz, no Brasil suficiente generalização congruente de expectativas normativas, de forma que a constituição do Brasil careceria de suficiente força normativa, o produz o que Neves chama de Constituição simbólica[67], implicando também um povo que Müller (2003, p.67) intitula de mero ícone:

> O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em desrealizar [entrealisieren] a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata tornada inofensiva para o poder-violência.

Ademais, em regra, o magistrado brasileiro ainda é um profissional que não se deu conta que é agente político, e como tal tem como objetivo colaborar com a transformação da sociedade em "justa, livre e solidária", ou pelo menos aproximar-se deste objetivo fundamental do Brasil como República Federativa, tal qual dispõe o disposto no art.3º, I da Constituição 'vigente e pouco eficaz'. No Brasil, tem se tornado difícil a refutação da hipótese de lei sociológica segundo

---

[66] Campilongo (2002, p.19), entende que "Para Luhmann, o direito promove a 'generalização congruente de expectativas normativas". Há generalizações quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. 'congruente' significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos) material(segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização)". Bom esclarecer que "Nem todas as expectativas normativas são jurídicas. Somente aquelas generalizadas de modo congruente – vale dizer compatibilizadas dentro de certos limites estruturais – gozam da segurança e proeminência das expectativas normativas jurídicas." (CAMPILONGO, 2002, p.19-20).

[67] Para Neves (1994, p.158 ss.), o texto constitucional não é satisfatoriamente concretizado no Brasil, tanto pelos agentes públicos como pelos cidadãos. Aqui o autor não fala só de inefetividade, mas da baixa densidade, no que concerne a generalizada de orientação dos comportamentos normativos pela Constituição. É o núcleo da Constituição (direito fundamentais, democracia) que é comprimido. Os seus dispositivos são utilizados apenas de maneira retórica, com o objetivo de apenas manutenir a legitimação política dos governantes.

a qual "quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada" (SANTOS, 1989, p.57), pois o extenso rol de direitos fundamentais de caráter prestacional parece ter, de forma paradoxal, facilitado a perda de parte da força normativa da Constituição.

Daí a necessidade, nos países periféricos, de aplicação efetiva dos referidos direitos, o que passa pela mudança de pensamento dos operadores do direito, sobretudo dos magistrados, que, lentamente, vem ocorrendo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, cuja tendência aponta para uma revitalização do Judiciário. Não obstante esta idéia só será melhor impulsionada com a concomitante idéia *de lege ferenda*, de se mudar a lei, substancialmente, ampliando a possibilidade do magistrado de produzir decisões que visem interpretar não a favor do pobre, mas contra as causas que levam a pobreza[68].

A teoria canotilhiana, que possui forte tendência a vincular, juridicamente, os atos políticos, ao sustentar que as imposições constitucionais não são meras questões de discricionariedade, mas que devem ser cumpridas, vem sendo alvo de uma interpretação retrógrada segundo a qual a programaticidade constitucional estão subordinadas a conveniência e oportunidade do legislador e do governo[69], o que conforma um novo paradoxo. Uma teoria material da constituição de razoável conteúdo social-democrático, cuja programaticidade, inclusive, está sendo levada aos tratados da União Européia tem dificuldades de se implantar no Brasil, Estado que a adotou como base para a Constituição de 1988, por conta da cultura positivista do Oitocentos, cujo reflexo é traduzido no

---

[68] Para Falcão (2000, p.226) vige a seguinte idéia: "Vamos admitir uma situação concreta em que concorressem direitos de alguém desprovido de maiores recursos econômicos e de alguém que os tivesse em abundância. Seria de lembrar que a Hermenêutica e a Justiça aconselhariam a interpretação de integração axiológica a adotar uma solução sensível a concorrência dos direitos. Entretanto, se tal não fosse possível – digamos numa situação de colisão de direitos – haver-se-ia de interpretar em benefício do mais fraco. Mas não bastaria que se interpretasse em favor, suponhamos, de um determinado pobre. Ou de determinados pobres, se fosse o caso. É que seria preciso que a interpretação se operasse, perante a colisão desses direitos, não somente em favor do pobre envolvido, mas sobretudo contra as situações que levam a pobreza. Noutras palavras, não basta interpretar pelos pobres, porém e especialmente, impende que a interpretação se dê contra as causas da pobreza."

[69] Consiste o mérito do ato administrativo, após a observância do direito, nas regras de boa administração, traduzida na conveniência e na oportunidade, conferida com exclusividade a administração pública, sopesar fatos e decidir como e quando decidir em relação a tais acontecimentos do mundo real. Em outras palavras, Moraes (1999, p.44) afirma que mérito "consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras, nem por princípios, mas por critérios não positivados."

sentimento de impotência do juiz brasileiro, ante os anseios das camadas sociais menos abastadas, somado a predisposição em aceitar como legítimas as solicitações do poder constituído[70].

Esta situação se agrava quando se percebe a tentativa de autoenclausuramento, dos juízes, sob falso argumento de que o distanciamento da sociedade proporcionaria maior isenção da atividade jurisdicional, o que revela o apego a outra falsa idéia segundo a qual, em pleno século XXI ainda há o sujeito de direito oitocentista, abstrato e homogêneo, o que responde ao fato de que a magistratura brasileira ainda pensa de forma quase homogênea.

> A resposta não é simples, mas acreditamos que decorre principalmente da cultura antidemocrática e corporativista que se consolidou, com maior intensidade no período ditatorial, na mentalidade da maioria dos membros do Poder Judiciário, bem como da insuficiente formação jurídico-política dos nossos operadores do direito (magistrados, Ministério Público, Advogados, serventuários).
> Tais atores, em regra, desconhecem a importância política de suas funções, pois toda decisão que afeta a vida dos membros de uma sociedade (pessoas físicas ou jurídicas) é, sem dúvida, uma decisão política, por mais que o positivismo jurídico e o paradigma liberal-burguês queiram omitir tal caracterização. (CASTRO JÚNIOR, 1998, p.58)

Em estados periféricos, como o Brasil, onde há excesso de riquezas concentradas em uma parcela minoritária da população os conceitos relativos a dogmática jurídica "expressam várias representações conflitantes entre si; em vez de propiciarem uma visão precisa do sistema jurídico, eles funcionam como barreiras ideológicas mascarando contradições sociais profundas e antagonismos irreconciliáveis" (FARIA, 1989, p.102), de modo que cai véu da ignorância e se entremostra a idea falaciosa segundo a qual Brasil é um Estado-nação[71], em que se buscaria os mesmos interesses 'comuns' e os mesmos fins.

Deve-se perder o pudor e assumir a condição de 'um Brasil' que hibernou, em um plácido estado de letargia, enquanto passava o *welfare State*, e que participou dele como espectro, como 'sombra'. Urge que se proceda ao desentranhamento da confissão de que há uma generalização das relações de subintegração e sobreintegração, traduzida na situação de semi-escravidão, que se

---

[70] Igualmente Rocha (1995, p.108) entende que, dentre as características marcantes do magistrado positivista-legalista, destaca-se sua "predisposição a aceitar como 'legítimas' as 'solicitações' do poder dominante."

[71] Cardoso Júnior (2005, p.64) afirma que, "Arendt critica duramente o liberalismo político e econômico, mas não propõe o comunitarismo em seu lugar, pois acredita que o 'direito de ter direitos' do indivíduo não deva ser subsumido ao bem comum. [...] O republicanismo de Arendt desafia o pressuposto moderno de que a legitimidade política reside no Estado-nação." Para Arendt (1998, p.146-147), "Enquanto os revolucionários franceses enxergavam que todo poder emana do povo, não sabendo distinguir entre violência e poder, os homens da revolução americana tinham a clara noção de que o poder surge da ação conjunta, mediante promessas, pactos e compromissos públicos."

reflete no fato do Brasil ainda possuir sobrecidadãos, que são pessoas que se locupletam, impunemente de patrimônio público, pensando estarem acima do ordenamento jurídico, com franca conivência do aparelho estatal; e subcidadãos, que possuem um deficiente acesso aos direitos fundamentais de caráter prestacional, mas com um Estado suficientemente forte para forçá-los a cumprir seus deveres até o nível da exaustão, como se vê, *verbi gratia*, no cumprimento do direito penal aos hipossuficientes.

> [...] Portanto, os 'subcidadãos' não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (NEVES, 2006, p.248)

Mal comparando, tem-se 'um Brasil' assemelhado a um homem covarde, que se sente fraco para o enfrentamento dos fortes, e forte para o embate com os fracos. Tem-se um Estado assistencialista[72], que parece ser a degeneração do Estado social de direito, pois o excessivo número de subcidadãos ainda não entende que as mínimas prestações estatais são direitos, pensando serem favores do Estado[73], que serão retribuídos através do sufrágio universal, gerando uma tendência a acomodação recíproca entre povo e governo, onde este se limita a considerar os direitos fundamentais ancorados a reserva do possível[74] e aquele não se sente na necessidade de 'descobrir' seus direitos, o que levou a Santos (apud CARVALHO, 2001, p.115) a afirmar que, no Brasil há uma "cidadania regulada".

Esta falta de consciência se deve também ao fato de que, no Brasil, os direitos sociais chegaram antes da consolidação de direitos civis e direitos políticos, não havendo uma educação preparada para a cidadania. Esta idéia de que as classes sociais mais carentes integram a cidadania

---

[72] Sobre o perverso efeito contrário à crítica ao *wellfare state*, que não logrou êxito em conciliar interesses crescentemente antagônicos, Bobbio (1987, p.126) entende que "[...] a crítica da esquerda [socialista] teve por efeito não início de uma mais profunda transformação do Estado, chamado depreciativamente de 'assistencial', num Estado com maior conteúdo socialista, mas o despertar de nostalgias e esperanças neo-liberalistas.", no sentido de liberalismo econômico.

[73] No Brasil varguista, e na Argentina o "Populismo implicava uma relação ambígua entre os cidadãos e o governo. [...] A Antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade." (CARVALHO, 2001, p. 126). Tratava-se, portanto, de" uma concepção da política social como privilégio e não como direito." (CARVALHO, 2001, p.114), que levou a afirmar que, no Brasil havia e ainda há uma 'cidadania regulada'. Para Méndez (2002, p.355), "*[...] la característica más destacada de las relaciones clientelares es la fuerte asimetría entre las partes, de suerte que, por medio de intercambio de favores a cambio de lealtad y otras contraprestaciones, se genera una relación de dependencia y dominación.*"

[74] Para esta teoria minimalista, os direitos fundamentais se limitam apenas as condições mínimas de subsistência . Neste sentido, Souza Neto (2006, p.247) afirma que "[...] o conceito de mínimo existencial serve a finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício da 'liberdade'. Os direitos sociais não são considerados *prima facie* fundamentais: a sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental. O conceito de mínimo existencial exige, assim, o *status positivus libertatis.*"

muito mais para cumprir deveres e muito menos para auferir os direitos civis, políticos e sociais é herança da colonização brasileira.[75] Não obstante, segundo Campilongo (2002, p.60), "Cada sistema mantém sua integridade,sua clausura operacional e continua a operar em seus mecanismos específicos ou auto-referenciais, entretanto, os sistemas estruturalmente acoplados estão abertos a influências recíprocas, que permitem uma multiplicação das chances de aprendizagem na comunicação intersistêmica."

Além disto, se o fechamento operacional de cada sistema é pressuposto de sua abertura cognitiva para novos influxos da sociedade, não se pode, simplesmente, fazer tantas interpretações aproximadas da literalidade do texto, quantos forem os casos a serem julgados pelos tribunais, o que não condiz com a tese canotilhiana, comentada por Bercovici (2003, p.118-119), segundo a qual "No fundo, a concepção de Constituição dirigente para Canotilho (1994, p.488) está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito", embora não haja ingenuidade no pensamento de Canotilho, mas firme convicção, pois quando trata do sentido futurista da constituição dirigente, afirma que "a historicização da constituição significa apenas que os homens, através de acções materiais, tentam conformar o futuro, de acordo com os condicionalismos das circunstâncias concretas (lógica da situação)". Não foi à toa que o próprio Canotilho admitiu que se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, com capacidade, para, sem abrir-se a interconstitucionalidade e ao direito comunitário, operar transformações emacipatórias, ele está superado.

Tendo um magistrado, como o brasileiro, que ainda insiste em se distanciar da sociedade[76], o lugar da política no Direito Constitucional se perde em labirinto de fim improvável, e só não se permanece nesta regressão ao superado positivismo jurídico, caso haja mudança substanciais nas funções estatais, tais como a autonomia das Defensorias Públicas da União e dos Estados-membros, a redução da sobrevalorização do Executivo e a consolidação da idéia de legislador vinculado aos fins constitucionais. Sobre a crise da Teoria da Constituição, Canotilho (1998,

---

[75] Carvalho (2001, p.53) retrata a história da 'construção' de sobrecidadão e subcidadão, desde o Brasil-colônia até 1930, sustentando que "Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis,o senhor tampouco o fazia. O senhor não admitia os direitos dos escravos e exigia privilégios para si próprio. Se um estava abaixo da lei, o outro se considerava acima. A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada na lei, mas negada na prática."

[76]Para Rocha (1995, p.78), o Poder Judiciário é o poder mais afastado da sociedade, contrariamente a tudo o que a democracia representa; ao mesmo tempo que "aproxima-se cada vez mais do círculo do poder político e econômico o que explicaria suas tendências conservadoras quando estão em jogo valores fundamentais do sistema e, inversamente, sua 'dificuldade de efetivar as normas constitucionais e legais promotoras das

p.1206) afirma “a teoria da constituição encontra-se dissolvida noutras teorias o que conduziu a desvalorização da constituição e das teorias nela centradas”; o que denota a perda gradual da dimensão central do direito constitucional, na Europa, levando a que União Européia fomente, atualmente a desconstitucionalização de matérias associadas aos direitos fundamentais prestacionais, como forma de ampliar a cidadania dos europeus.

> A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço de cidadania. Os adeptos destas teorias sistêmicas ou procedimentalistas entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus. (BERCOVICI, 2003, p.134-135)

A partir daí, torna-se a enfazizar que a doutrina reacionária brasileira passou a construir a idéia subjacente de que, quando o assunto é dar eficácia social às normas programáticas, através das políticas públicas, haveria uma competência discricionária estatal, que se invadida pelo Judiciário, feriria a garantia constitucional da separação de funções estatais. O fenômeno ficou conhecido como inefetividade das normas programáticas. Grau (2005, p.09), falando do Brasil atual, com razão, considera “já ser tempo de se abandonar o uso da expressão ‘normas programáticas’, que porta em si vícios ideológicos perniciosos”; considerando que o nome programático, tomado em Estados periféricos, termina por desqualificar o termo norma.[77]

Tal inefetividade leva a conclusão de que a crise é, mais propriamente, da Teoria da Constituição Dirigente, que ainda não se consolidou no Brasil. Enquanto a crise da Constituição dirigente na Europa é mais fruto da crise do Estado soberano; em Estados periféricos como o Brasil, ela é uma crise de inefetividade e ausência generalizada de orientação dos comportamentos normativos pela Constituição. Não houve ainda a consolidação da crença de que o legislador se vincula pelos fins constitucionais, no Brasil; enquanto em Portugal, com a perda da centralidade na constituição em relação aos tratados regulados, pelo crescente direito comunitário, o dirigismo começa a se deslocar para os referidos tratados. É dizer, no Brasil, ela ainda não saiu da fase inicial, e em Portugal, ela já se encontra próximo a cumprir o seu desiderato, e ser substituída por uma nova teoria da constituição.

> A crise da Constituição pode ser superada se compreendermos, nestes pressupostos da Teoria do Estado, em conexão com a política e com a realidade social [...]. A existência histórica do Estado soberano é pressuposto, é condição da existência da Constituição. (BERCOVICI, 2003, p.137)

---

mudanças sociais necessárias à melhoria das condições de vida da população, justamente por afetarem interesses dominantes.”

[77] Bercovici (2003, p.112) entende que**:** no Brasil, “toda norma incômoda passou a ser classificada como ‘programática’, bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição.”

O direito constitucional não é privativo do Poder Judiciário, mas também patrimônio da sociedade civil e de uma coordenação entre Judiciário e os demais poderes políticos, sob pena de se substituir a legitimidade de origem do Legislativo, eleito pelo povo, pela legitimidade do Judiciário, que só a possui, indiretamente, pelo procedimento, e neste sentido, fazer prevalecer, equivocadamente, a invocação que o magistrado faz do povo, quando profere sua decisão, tornando-o instância global de atribuição de legitimidade[78]. Importa advogar que, sendo os novos direitos (minorias, meio ambiente, desarmamento, consumidor) difusos, resulta menos complexo buscar a proteção dos mesmos por meio do Judiciário, que também é difuso, na sua organização interna, sobretudo no juízo *a quo*. Daí se pode extrair a busca de uma maior legitimidade para os magistrados, através das seguintes vantagens apontadas por Campilongo (1989, p.118):

> a) que o Judiciário oferece maior acesso e menor bloqueio das iniciativas; b) a criação de um duplo circuito de legitimação: do magistrado legitimando as iniciativas desses movimentos e dos movimentos legitimando os magistrados; c) relacionamento direto entre atores e magistrado, com diminuição ou eliminação de intermediários (ofuscando até o papel do Advogado).

Há aqui importantes rupturas da democracia representativa, pois se transfere para o Judiciário, decisões vinculantes que, originariamente, eram levadas a termo pelo Legislativo; revalorizando-o, por meio de uma maior produção normativa, o que o credencia como novo centro de produção normativa, embora condicionado ao *telos* do texto constitucional.

Aqui há um tênue afastamento da teoria sistêmica de Luhmann, a cerca da maior rigidez da diferenciação entre Legislação e jurisdição, pois se vislumbra a possibilidade, no Brasil de um Judiciário mais ousado, verificando-se a possibilidade funcional e a cobrança social por um processo de diferenciação em outro nível. "[...] Quanto mais amplas forem as possibilidades de acesso ao Judiciário [...] maior a contribuição para a produção do direito e a expansão da cidadania." (CAMPILONGO, 1989, p.119), para isto a Defensoria Pública e o Ministério Público, trabalhando em harmonia, através do manejo das ações civis públicas, funcionariam como colaboradores de novas interpretações, legitimando-se, legitimando o Judiciário e os representantes dos interesses coletivos referentes aos novos direitos, em triplo e não duplo circuito de legitimação, que se renova constantemente, por meio da abertura cognitiva.

A ainda tímida compreensão deste circuito de legitimação, dentre outros motivos, levou a apressada conclusão de que a constituição dirigente havia "morrido", tendo seu 'atestado de

---

[78] Para Muller (2003, p.60), "É nesse sentido [Povo como instância global de atribuição de legitimidade] que são

óbito', segundo esta leviana compreensão, sido passado pelo próprio Canotilho, na segunda edição de seu clássico, o que não é verdade, pois embora em Portugal ela tenha cumprido o seu papel revolucionário, já tendo os lusitanos pacificado a idéia de que o texto constitucional é texto normativo; no Brasil, ainda resta consolidar esta idéia.

> Portanto, quando se coloca as questões da 'morte da constituição dirigente', o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra coisa é dizer que, afinal de contas, a constituição não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efetuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu. (CANOTILHO, 2005, p.31)

Não havendo um lugar hermenêutico, no Brasil e por toda América latina, similar ao da Europa, não há como criar uma teoria geral da constituição, embora se admita que se possa construir um núcleo comum para todos os Estados, a saber, composto pelo estado de direito e pela democracia. Nunes (2005, p.116) reforça esta idéia, dizendo que "Foi na América Latina que pela primeira vez a inteligência do 'Terceiro Mundo' pôs em causa o falso sentido da universalidade da teoria econômica e o império hegemônico da ciência dominante."

A idéia de Neves, ao sugerir a criação de um "constitucionalismo periférico", reforça mais ainda a idéia de que latino-americanos e europeus falam de lugares hermenêuticos distintos, embora não se possa fugir a crescente globalização[79], fenômeno irreversível, e que o Brasil não pode, nem deve desconsiderar; embora deva se afastar do neoliberalismo, que busca considerar o estado como eficienticista, vinculando as políticas públicas à economia de mercado, havendo transferência invisível do poder soberano do povo para a soberania do mercado.

Embora Canotilho (2005, p.34) tenha ressalvas quanto a idéia de Neves, afirmando ser preferível "não falarmos em constitucionalismo, não falarmos em teorias das constituições e possivelmente colocarmos em rede a idéia da interconstitucionalidade, dos vários constitucionalismos.". Neste diapasão, é possível pensar que se deve considerar, não o isolacionismo estatal, mas a busca de uma cultura periférica de estados com desenvolvimento

---

proferidas e prolatadas decisões judiciais 'em nome do povo'."

[79] Para Giddens (1991, p.64 apud NEVES, 2006, p.217) afirma que globalização é a "intensificação de relações sociais mundiais". Para Neves (2006, p.217 ss.), "a concepção de Giddens envolveria quatro dimensões: 'economia capitalista mundial', 'sistema de Estados nacionais', 'ordem militar mundial' e a 'divisão internacional do trabalho.". Aqui se parte do conceito de sociedade moderna ainda centrada no Estado nacional, embora o próprio Neves (2006, p.217) aponte que "a intensificação de regionalização e globalização como fator

tardio, através da interconstitucionalidade, com vistas ao desenvolvimento em bloco, da América latina, não apenas visando uma integração meramente econômica, mas englobando os aspectos culturais e sociais, tal como vem ocorrendo na União Européia. O lugar hermenêutico do Brasil, ainda não é o europeu[80].

> Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente não estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que a centralidade ainda é do texto constitucional. (CANOTILHO, 2005, p.35).

Deixa-se entrever a idéia de que o cerne da constituição brasileira ainda é dirigente, e que ainda se deve seguir no Brasil a teoria canotilhiana, nos moldes que foi, inicialmente, proposta. Havendo, pois, confessado descompasso entre a atual concepção de Canotilho e o Brasil,onde ainda não se tem uma democracia consolidada, basta ver, e.g., que os magistrados de 2º grau de jurisdição ainda não são eleitos pelos juízes monocráticos[81], seus pares; de modo que permanece um entendimento de que "[...] hoje ainda me parece essencial salvar a força normativa da constituição, desde aquela primeira perspectiva – a tese original." (CARVALHO, 2005, p.71).

No Brasil, onde texto constitucional ainda carece de um reforço de centralidade; a discordância em relação a teoria de Canotilho cinge-se a tendência de sua teoria pretender, a partir do presente, querer conformar o futuro. Após quase duas décadas da Constituição do Brasil, percebe-se que a idéia de vincular o legislador pelos fins constitucionais, ainda tem levado, justamente, ao efeito nefasto de descredenciar o programa constitucional, retirando-lhe a força normativa. No plano fático, por não ter conferido, adequadamente, a função de conferir eficácia a

---

simultâneo de ampliação da responsabilidade funcional do Estado e de erosão de sua capacidade de tratar das demandas que se lhe apresentam."

[80] Para Galindo (2006, p.21), "Como propõe Popper para a ciência em geral, a teoria aqui defendida tem a pretensão de ser aberta, crítica, plural e flexível, embora não se esquive de elaborar proposições universalistas e particularistas, procurando contextualiza-las adequadamente". Segundo Popper (1987, p.252), "Falando de modo mais geral, porém, pode realmente dar-se que os cientistas se estejam tornando mais humildes, pois o progresso da ciência caminha em ampla escala através da descoberta de erros, e, em geral, quanto mais conhecemos, mais claramente nos convencemos do quanto não conhecemos (o espírito da ciência é o de Sócrates)."

[81] No entender de Rocha (1995, p.51), "A composição dos tribunais não obedece aos procedimentos democráticos, já que seus membros são escolhidos pelo próprio tribunal. Esse modo de formação dos tribunais transforma-se em uma oligarquia. Os tribunais brasileiros, como entidades oligárquicas, que concentram em si todo o poder administrativo do Judiciário,não podiam fugir a regra geral do abuso e desvio de poder. Resultado disso é a avalanche de denúncias, cada vez maior de abusos e desvios de poder praticados pelos tribunais, evidenciando a existência de sérias distorções morais no comportamento de seus membros."

todas as normas constitucionais, necessitam de reforço normativo, que virá com a consolidação da reforma do Judiciário, a qual já se iniciou com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Humildade científica demonstra o Professor de Coimbra, ao já prevê a possibilidade da ultrapassagem de sua teoria, ao afirmar que "poderemos dizer também que elas deve continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias" (CANOTILHO, 2005, p.39), e no Brasil ela ainda é, social e temporalmente, relevante.

Não se deva esquecer que o fenômeno da mundialização da sociedade possui forte tendência a trazer complicadores para o Estado de Direito Democrático, porque aquela novel sociedade se reproduz com base no código econômico ter/não ter, que transcende a territorialidade de qualquer Estado[82], o que produz reflexos tais como a dificuldade de impor decisões políticas e executar normas jurídicas às empresas transnacionais.

> Não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político, Esta situação varia, conforme o grau de solidez do Estado Democrático de Direito respectivo, mas é sempre um fator que tem efeitos asfixiantes sobre a esfera pública pluralista, dificultando assim a realização da 'soberania do povo' e da 'soberania do Estado', do princípio da igualdade, cidadania e da pluralidade procedimental. (NEVES, 2006, p. 219).

Esta dificuldade de realização da soberania popular encontra raízes históricas, a começar pela dissolução da Assembléia nacional constituinte de 1823[83], por D. Pedro I[84], que culminou

---

[82] Igualmente, Campilongo (2002, p.29) advoga que "Do prisma econômico, a globalização representa pelo menos um brutal esvaziamento da territorialidade. Do ponto de vista político, a formação de grandes blocos e os organismos supranacionais relativizam a soberania. Finalmente, do prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo em todos os planos (direitos individuais, políticos e sociais)."

[83]Para Caneca (2001, p.564), "É princípio conhecido pelas luzes do presente século, e até confessado s.m.j., que a soberania, isto é, aquele poder sobre o qual não há outro, reside na nação essencialmente; e deste princípio nasce como primária conseqüência que a mesma nação é quem se constitui, isto é, quem escolhe a forma de governo, quem distribui esta suma autoridade nas partes que bem lhe parece, e com as relações que julga mais adequada ao seu argumento, segurança da sua liberdade política e sua felicidade; logo é sem questão que a mesma nação, ou pessoa de sua comissão, é quem deve esboçar a sua Constituição, purifica-la das imperfeições e afina estatuí-la; portanto como s.m.i. não é a nação, não tem soberania, nem a comissão da nação brasileira para arranjar esboços de Constituição e apresentá-los, não vem este projeto de fonte legítima e por isso se deve rejeitar por exceção de incompetência. Muito principalmente quando vemos que estava a representação nacional usando de sua soberania em constituir a nação, e s.m., pelo mais extraordinário despotismo e de uma maneira mais hostil, dissolveu a soberana assembléia e se arrogou o direito de projetar Constituições."

[84] Calmon (1981, p.1498) afirma que "O príncipe era homem talhado para as circunstâncias. Não se parecia com o pai. Tinha, com a vocação para as armas, gênio explosivo, ambição de glória, ao mesmo tempo o desejo de ser liberal, entre os mais generosos príncipes da época. Essa desigualdade de atitudes – a fazer e conter a revolução, ora chefe, ora inimigo – correspondia à sua condição de herdeiro do trono, mas de espírito moderno e agitado, que se voltava, colérico contra as formas desacreditas e mofinas do Estado. Além disso, desde os nove anos no Brasil, preferia-o agora; e, vendo o rei diminuído, quase demitido pelas Cortes de Lisboa, previa o próprio destino, de sucessor da coroa, porém somente na América." Vale ressaltar que D. Pedro não era um déspota esclarecido, como o foi o Marquês de Pombal, Bonavides e Andrade (1989, p.47) sustentam que "Teve D. Pedro

com a primeira crise constituinte e a abdicação do Imperador, passando pela república velha brasileira, onde o federalismo imposto pela Constituição de 1891, distintamente do federalismo americano[85],"[...] facilitou a formação de sólidas oligarquias estaduais, apoiadas em partidos únicos, também estaduais." (CARVALHO, 2001, p.41), de modo que a soberania do povo era uma ficção e o coronelismo uma realidade[86], situação agravada pelo retrocesso produzido pela Carta Magna, no sentido não reproduzir a obrigação prevista pela Carta de 1824, que conferia direito a educação primária a todos[87].

Esta ficção foi fomentada durante anos e persiste até hoje, consubstanciada na equivocada, embora consciente e reacionária idéia, ainda arraigada, segundo a qual as pessoas pobres não sabem votar[88], como se o exercício do sufrágio universal não fosse uma aprendizado secular. Retrógrados pensamentos como este, além de conter ideologia perversa, contribui para alienar o povo da compreensão de que o Estado Brasileiro ainda cede a pressões do sistema econômico mundial, sem um grau confiável de autoproteção.

I duas fases existenciais: a primeira, sob inspiração dos Andradas, afeiçoado ao Brasil e a um liberalismo monárquico e moderado, à semelhança do que circulava na Europa, com base em Montesquieu. Burke e Constant, e a segunda, em que se inclinava em simpatia e audiência para o elemento luso, radicado no país, a saber, o 'infame partido português', no qual pululavam os absolutistas, os fomentadores dos impulsos autoritários do Imperador, cuja impopularidade crescente o arrastou à abdicação de 7 de abril de 1831."

[85] Para Miranda (1997, p.144), "O federalismo não se reduziu, porém, a mero regionalismo. Juridicamente, porque se mantêm as faculdades de intervenção dos Estados na União. Politicamente, porque também, ao mesmo tempo, se desenvolveram as funções dos poderes estaduais (os mais próximos do quotidiano das pessoas) e porque os partidos políticos, as carreiras dos homens públicos e a vida política em geral são dominados ou influenciados (muito mais que na Europa) pelos condicionalismos locais."

[86] Neste sentido, "O coronelismo não era apenas um obstáculo ao livre exercício dos direitos políticos. Ou melhor, ele impedia a participação política porque antes negava os direitos civis." (CARVALHO, 2001, p.56). Prossegue Carvalho (2001, p.56) afirmando que "Quando o Estado se aproximava, ele o fazia dentro do acordo coronelista, pelo qual o coronel dava seu apoio político ao governador em troca da indicação de autoridades, como o delegado de polícia, o juiz, o coletor de impostos, o agente de correio, a professora primária.", o que caracteriza uma privatização da polícia e da justiça. E conclui o autor (2001, p.57), sustentando que "Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos.", ou seja, não havia cidadãos, mas meros votantes.

[87] Para Carvalho (2001, p.62), "A Constituição republicana de 1891 retirou do Estado a obrigação de fornecer educação primária, constante da Constituição de 1824. Predominava então um liberalismo ortodoxo, já superado em outros países."

[88] Equívocos dos críticos da participação popular: "O primeiro era achar que a população saída da dominação colonial portuguesa pudesse, de uma hora para outra, comportar-se como cidadãos atenienses [...]O Brasil não passara por nenhuma revolução, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França. O processo de aprendizado democrático tinha que ser, por força, lento e gradual. O segundo equívoco já fora apontado por alguns opositores da reforma de eleição direta, como Joaquim Nabuco e Saldanha Marinho. Quem era menos preparado para a democracia, o povo ou o governo e as elites?" (CARVALHO, 2001, p.43). O autor ainda defende que "O terceiro equívoco era desconhecer que as práticas eleitorais em países considerados modelos, como na Inglaterra, eram tão corruptas como no Brasil." (CARVALHO, 2001, p.44). Por fim, o último erro foi pensar que "o aprendizado do exercício dos direitos políticos pudesse ser feito por outra maneira que não a sua prática continuada e um esforço por parte do governo de difundir a educação primária." (CARVALHO, 2001, p.44). Neste sentido, Faria (1989, p.11) afirma que "[...] os movimentos populares, comunitários e sindicais estão aprendendo a lutar pela lei e dentro da lei, empenhando-se em fazer dos tribunais um espaço relevante para a discussão e negociação de certos tipos de conflitos classistas."

O estado de direito democrático só se tornará útil a sociedade civil e só se realiza de forma ampla "[....] em condições de paz solidificada e permanente entre os Estados, incompatível com a idéia de 'superpotências'." (NEVES, 2006, p. 221). Reforça-se a tese já esposada de que a crise da constituição dirigente produz efeitos distintos em Estado centrais, já que as suas democracias já se encontram suficientemente consolidadas, basta ver que já se enraizou a crença de que o legislador se vincula aos fins constitucionais. Em Portugal, onde "[...] ninguém mais advoga a tese de uma Constituição com caráter dúplice, ou a existência de um legislador totalmente livre quanto aos fins que deve perseguir" (CANOTILHO, 2005, p.7), o que não se passa no Brasil hodierno, onde ainda persiste a resistente idéia de que o legislador é 'soberano', e que pode só pode ser revertida com um Judiciário legitimado pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, e pela efetiva autonomia da Defensoria Pública, sem se olvidar os efetivos mecanismos extrajudiciais de produção de justiça, tais como a mediação de conflitos.[89]

Neves (2006, p.236-237) entende que nos países de modernidade tardia "emergem relevantes problemas de heteroreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista." Afastando-se de Neves, no plano dos códigos comunicativos não há diferença entre países centrais e periféricos, embora elas existam no plano dos seus programas.

> A periferia dos sistemas jurídicos de países economicamente periféricos é mais exposta às irritações provenientes do ambiente. A hipercomplexidade dos países periféricos multiplica de forma trágica a tendência ao 'não'. Consequentemente, qualquer que seja a alternativa escolhida, reaparecem rapidamente e de forma cada vez mais forte as propostas rejeitadas. [...] A escassez não é só de acesso ou inclusão, mas de benefícios reais. (CAMPILONGO, 2002, p.169-170)

Exemplificando, basta imaginar que em uma pequena cidade situada em um país central como Alemanha há necessidades entre escolher entre a reforma de um colégio ou de um hospital ou de um campo de futebol, e havendo verbas públicas para fazer um só empreendimento, aqueles que não foram contemplados geram um sentimento de frustração bem menor do que em uma pequena cidade de países periféricos, como o Brasil, que além das alternativas anteriores, ainda deve escolher sobre saneamento básico, pavimentação das ruas, os programas de construção de casas populares, construção de novas escolas e uma infinidade de outras necessidades prementes,

[89] Para Sales (2004, p.76), "a mediação de conflitos possibilita o exercício da democracia, já que os indivíduos passam a atuar diretamente na decisão dos conflitos, sendo este um estímulo a discussão solidária, meio de

o que gera um excesso de expectativas frustradas, que se reproduzirão negativamente, através do descrédito da sociedade no Estado, naquilo que se intitula de deslegitimação fática do aparelho estatal.

---

transformação social, já que as pessoas se tornam protagonistas da história.”

4 A GESTÃO DA CRISE: O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS EXPERIÊNCIAS DE REFORMA

> "Não me convidaram para esta festa pobre, que os homens armaram pra me convencer. Acatar sem ver, toda esta droga, que já marcada antes de eu nascer. [....] O meu cartão de crédito é uma navalha. [...] Brasil! Qual o teu negócio? O nome do teu sócio? Confia em mim."
>
> (Cazuza)

A crise da Constituição dirigente brasileira e seu reflexo na função judiciária foi encarada através de mudanças normativas, sobretudo a nível constitucional, que desembocaram na Emenda Constitucional nº 45/2004, que, doravante, passar-se-á a comentar, sobretudo nos aspectos relacionados às expectativas de democratização do Judiciário, através da análise da súmula do efeito vinculante, autonomia das Defensorias Públicas Estaduais e dos Conselhos Nacionais, tanto o do Poder Judiciário como o do Ministério Público.

4.1 Reformas do judiciário e expectativas de democratização

As expectativas de democratização do Judiciário, como proposta de resolução da crise da Constituição dirigente brasileira, passa necessariamente, pela reforma daquele poder, a qual se iniciou com a PEC 96/1992, do Deputado Hélio Bicudo, e somente após oito anos o texto da reforma do Judiciário foi aprovado, creditando-se o longo tempo às muitas resistências que foram impostas, o que suscitou um amplo debate nacional.

> Desde que foi incorporado à agenda de reforma, o Poder Judiciário vem sendo objeto de intenso debate, não só em função dos aspectos materiais do seu funcionamento, mas principalmente em função do papel político que tem exercido na democracia brasileira, em especial o de confrontar decisões dos demais Poderes do Estado. (ARANTES; SADEK, 2001, p.8)

Em princípio se debateu que as propostas de reforma visavam uma tendência de centralização do sistema judicial[1] e redução do acesso à justiça, que foram alvo de crítica de Genuíno (1999, p.59 apud ARANTES; SADEK, 2001, p.11), que ainda abordou a proposta da criação do controle externo do Judiciário aduzindo que o projeto além de ferir o pacto federativo, feria a divisão de poderes estatais, refletindo "[...] concepção concentracionista e autoritária, ameaçava as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento dos juízes ,pressupostos para a existência de uma magistratura independente e digna, única capaz de exercer a atividade jurisdicional com eficiência e imparcialidade."

Percebe-se também Nas discussões da reforma do Judiciário, ausência de Defensores Públicos, como se pode perceber no manifesto contra a CPI do Judiciário e em apoio a comissão especial de reforma do Judiciário, onde "estiveram presentes à sessão o presidente do STF,[...], o Procurador Geral da República, o Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, [...], os Presidentes do STJ e TST, os presidentes de Tribunais Regionais e de subseções da OAB, além de representantes dos Ministérios Públicos estaduais"(ARANTES; SADEK, 2001, p.15). São três as dimensões da reforma do Judiciário:

> Há, em primeiro lugar, o problema da jurisdição política constitucional, que diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade das leis, adotado em 1988, e tem propiciado um amplo e às vezes contraditório intervencionismo judicial no processo político. [...] propostas como a introdução das súmulas vinculantes ou do incidente de inconstitucionalidade têm sido feitas com a intenção de concentrar a competência de controle constitucional no Supremo Tribunal Federal [...] A segunda dimensão da reforma trata da existência e efetividade de mecanismos de controle e fiscalização dos órgãos do sistema de justiça, especialmente por meio da criação do polêmico Conselho Nacional de Justiça. Por fim, a terceira dimensão contempla os aspectos organizacionais e estruturais segundo sua capacidade de ampliar ou reduzir o acesso à justiça e a democratização do Judiciário. (ARANTES; SADEK, 2001, p.20-21)

Dos importantes pontos que se abordará, destaca-se a súmula de efeito vinculante, os Conselhos Nacionais, tanto o do Judiciário, como o do Ministério Público e a autonomia das Defensorias Públicas estaduais, por se entender ser estes os pontos que geram uma maior expectativa de democratização, não só do Judiciário, mas do Estado e da sociedade civil, como proposta de resolução da crise da constituição dirigente brasileira, afinal, "quando se fala em

---

[1] Sobre a idéia de centralização do Judiciário, Carvalho (2003, p.107) demonstra que a historiografia brasileira já mostrava esta tendência: "Cumpria tirar a outra parte da monarquia a autonomia judiciária, tanto mais que esta arriscava de lhe proporcionar meios de resistência legal. De feito, enquanto houvesse ai Tribunais Superiores era de temer que neles achassem os da terra proteção contra as violências de Portugal. Impavidamente a Comissão de Constituição composta dos regeneradores de primeira grandeza, quais Borges Carneiro, Moura e Fernandes Tomás, propôs o fechamento da casa de suplicação e de todos os mais tribunais do Rio, fundados por D. João.

democratização, no caso do Judiciário, isso implica duas exigências fundamentais: [...] a mudança de atitude do Judiciário no relacionamento com o povo; em segundo, é indispensável considerar igualmente a mudança interna do Judiciário [...]". (DALLARI, 2002, p.146)

Esta crise trouxe, no Brasil, o anseio pela reforma do Judiciário, pois este não vinha cumprindo seu papel de vincular o Legislador e o Executivo pelos fins constitucionais, causando sérios desgastes na força normativa da Constituição cidadã, desde a sua promulgação. Esta fissura exerceu uma pressão política e social forte sobre o Legislador, culminando em algumas mudanças no texto constitucional, das quais cite-se a Emenda Constitucional nº 45, pela sua vocação democratizante, cuja idéia central é a ampliação do acesso à justiça, a qual se intitulará de social, por seu sentido também substancial.

A priori, importa dizer que este acesso à justiça no Estado burguês dos séculos XVIII e XIX, só refletia a concepção filosófica solipsista, que individualizava os direitos, onde o cidadão se limitava a ingressar com uma ação individual ou contestá-la em face do autor[2]. Não interessava ao Estado fornecer o apoio ao cidadão, para que este aprendesse a reconhecer seus direitos e utilizar-se do Judiciário para defendê-lo. Melhor dizendo, só obtinha a tutela jurisdicional quem tinha conhecimento e condições financeiras e as poucas reformas "eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade." (CAPPELLETTI, 1988, p.10).

> Afastar a 'pobreza no sentido legal' [...] não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sentido do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos. [...] O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não a efetiva. (CAPPELLETTI, 1988, p.9)

Na contramão de direção deste acesso formal, não se pode deixar de entender que, doravante, as finalidades a serem cumpridas por um sistema jurídico de reivindicação residem no fato de que o mesmo deve, primeiramente, "[...] ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos." (CAPPELLETTI, 1988, p.8), ou não se terá, no Brasil um acesso amplo, geral e irrestrito à justiça.

Lidos os artigos sobre a matéria, Martins Basto com vivacidade os impugnou em conseqüência de ficarem os brasileiros obrigados a discutirem fora da pátria os recursos finais."

[2] No entender de Cappelletti (1988, p.9), "Nos Estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.".

Assim, “o sistema jurídico deve, não apenas estruturar-se de acordo com os ditames da justiça social, mas também servir de elo para sua construção.” (JUNKES, 2005, p.108). Em um Estado que se pretenda o status de *welfare State*[3], a inafastabilidade da tutela jurisdicional, além de ser direito fundamental, é canal de participação da sociedade, democratizando-a, não obstante se deva reforçar que os meios alternativos de solução de litígios, tais como a mediação de conflitos, também devem ser fomentados[4], criando uma cultura democrática no inconsciente coletivo.

Diante desta maior amplitude de direito, a assistência meramente judiciária não mais se torna suficiente para suprir as demandas jurídicas de uma população cada vez maior e mais diversificada. Daí a idéia do poder constituinte originário de positivar uma assistência jurídica, integral e gratuita aos necessitados[5], como forma de que esta parcela da população, que é majoritária, influísse, qualitativa e quantitativamente, nas decisões governamentais e sociais.

Esta preocupação de acesso substancial à justiça deve-se também ao fato de que o sistema Judiciário “tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas.” (CAPPELLETTI, 1988, p.165).

> A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas Judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. [...] A finalidade não é fazer uma justiça ‘mais pobre’, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. (CAPPELLETTI, 1988, p.165)

Uma solução, para transpor estas barreiras de acesso, segundo Cappelletti (1988, p.15), seria “expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito”.

---

[3] Para Cappelletti (1988, p.11), ”Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *wellfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e,mesmo cidadãos.”

[4] Já era esse o entendimento de Cappelletti (1988, p12-13), para quem, “Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação e o encorajamento de alternativas ao sistema Judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. [...] O ‘acesso’ não é a apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, [...] o ponto central da moderna processualística.”.

Embora esta pretensão seja mais ideal e menos normativa, já que ricos e pobres já possuem diferenças, diretamente proporcionais ao alto nível de concentração de renda, ela deve ser perseguida, evitando a concreta tendência segundo a qual as demandas judiciais possuem desfecho favorável ao litigante mais abastado, pela quase exclusiva circunstância de ele ter maior poderio econômico, o que, historicamente, vem se consolidando no Brasil; porque o litigante hipossuficiente, além de obstáculos econômicos, tem ainda obstáculos sociais e culturais.[6]

Os cidadãos de ínfimos recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. "Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, com violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação." (SANTOS, 1989, p.48)

Além disto, em uma sociedade cada vez mais mundializada, onde os relacionamentos interpessoais são mais quantitativos e menos qualitativos, posto que marcados pela superficialidade; tem-se como reflexo a apatia política do cidadão, a qual conduz a uma outra barreira no acesso à justiça, que não atinge só os hipossuficientes, mas também os oriundos da classe média brasileira, nomeadamente, "a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo" (CAPPELLETTI, 1988, p.23), o que aumenta a tendência a descredibilizar o Judiciário enquanto instância de solução de conflitos sociais.

Soma-se a isto o fato de que grandes empresas ou pessoas mais afortunadas suportam com maior tolerância o excessivo tempo para o desfecho de uma demanda judicial, chegando até incentivar os magistrados e demais julgadores estatais, a se tornarem passivos, sob o alegado princípio da inércia do juiz, e protelar a querela, através de expedientes procrastinatórios[7],

---

[5] Basta observar o Art. 5º, LXXIV da Constituição Federal, que diz que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

[6] Para Cappelletti (1988, p.22-23), "Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. [...] Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos,mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção."

[7] Também Faria (1989, p.48) entende que "[...] a distribuição dos custos, mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio [...], é importante investigar em que medida largos extratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na (e não apesar da) demora dos processos."

sabedores de que o hipossuficiente é o cidadão mais vulnerável ao prolongamento de tempo para o desfecho da questão.

Esta perda de prestações civilizatórias do '*welfare State*' brasileiro, pela falta de acesso à justiça, encontra nos pobres e miseráveis a sua maior intensidade, já que são triplamente vitimizados[8]. A uma, pelos custos do litígio, que são "fardo pesado" para os necessitados; a duas, pelo valor da causa, costumeiramente baixo; a três, pela lentidão dos processos, o que torna hercúleo o esforço para se lograr êxito, exigindo o atributo do semi-Deus grego, filho de Zeus, que nem de longe se aproxima da *conditio* de ser humano.

> Nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa. [...] essa vitimização é tripla na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos. (FARIA, 1989, p.46-47)

Por fim, ficam algumas conquistas da reforma do Judiciário, que em muito vem contribuindo para a democratização do acesso à justiça, dentre as quais se enumera, *in verbis,* aquelas julgadas principais.

> 1) previu descentralização de tribunais e criação de novas varas; 2) reforçou, sensivelmente, as prerrogativas institucionais e funcionais do Ministério Público e das Defensorias, órgãos de defesa da sociedade civil; 3) ampliou a competência da Justiça do Trabalho fortalecendo aquela que de fato é a mais próxima do povo por posicionar-se no epicentro da relação capital-trabalho; 4) não descuidou da proteção dos direitos fundamentais, disciplinando acerca da adesão do Estado brasileiro às normas internacionais do gênero [...] 5) demonstrou indubitável preocupação com a demora e a qualidade do provimento jurisdicional [...] (UCHOA, 2007, p.57).

Soma-se a estas, a criação da súmula de efeito vinculante e dos Conselhos Nacionais, o do Judiciário e do Ministério Público.

4.2 Autonomias financeira, funcional e administrativa dos órgãos essenciais à justiça: o caso da defensoria pública

A crise do Judiciário, iniciada com a crise do Estado Social de Direito, no início da década de 70 do século XX, cujos reflexos abateram as Constituições de vocação dirigente, como a

---

[8] Segundo Cappelletti (1988, p.28), "os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses."

brasileira, impulsionou a um processo de democratização, que também evoluiu conforme uma seqüência do combate aos obstáculos de acesso à justiça.

> [...] a primeira solução para o acesso [...] foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de 'enfoque de acesso à justiça'porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, 1988, p.31)

A primeira 'onda', em que o Estado remunerava Advogados que patrocinassem interesses de hipossuficiente, demonstrou, desde logo, sua fragilidade, pois "Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a devotar seu tempo e trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita"(CAPPELLETTI, 1988, p.32), com grande prejuízo aos pobres. Era uma fase, onde predominava o assistencialismo, além de não englobar a assistência jurídica extra-judicial. Em segundo lugar, gerava-se a tendência a que pessoas compreendessem o causídico, como alguém que suprisse as 'incapacidades' dos hipossuficientes de buscar seus direitos.[9]

Para os países que adotaram a assistência judiciária[10], com pagamentos de advogados pelo Estado a experiência mostrou que "A assistência judiciária baseia-se no fornecimeto de serviços jurídicos relativamente caros através de advogados que normalmente utilizam o sistema Judiciário formal" (CAPPELLETTI, 1988, p.47), o que requer uma dotação orçamentária alta. Em economias de mercado, a realidade se encarregou de afirmar que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para hipossuficientes foram, majoritariamente, de baixa qualidade.

---

[9] Para Cappelletti (1988, p.40-41), os patronos "ao colocar-se na posição de 'advogado dos pobres', tendem a tratá-los como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, vitimizando-os pelo caráter paternalista."

[10] Para Miranda (1968, p.601-602), "Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado.É instituto de direito administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente.[...] Enquanto o benefício da justiça gratuita se limita aos processos, inclusive cautelares e de preparação de prova, a assistência judiciária apanha quaisquer atos que tenham de servir ao conhecimento da justiça, como as certidões de tabeliães."

Quanto a ‘segunda onda’, que trata dos direitos difusos[11], saliente-se que a concepção oitocentista do processo civil, onde o homem tende a se isolar, não reunia condições para a defesa dos mesmos, já que só se enxergava o processo como um forma estatal de resolução de uma lide entre duas partes, o que, no Brasil do século XX provocou reformas legislativas que permitiam a que indivíduos[12] e grupos atuem na representação dos aludidos direitos, por meio de ação popular[13] e ação civil pública[14], e.g..Esta ‘nova onda’ provocou uma mudança no papel do juiz[15], que teve que rever conceitos como citação, direito de ser ouvido e coisa julgada, com a conseqüência de que “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente,ou melhor, está se fundindo com uma concepção social,coletiva.” (CAPPELLETTI, 1988, p.51).

Além disto, o Ministério Público, também, fortemente, influenciado pelo solipsismo que caracterizou e ainda caracteriza a formação acadêmica brasileira do bacharel em direito, não vem conseguindo realizar satisfatoriamente a proteção dos direitos difusos. Acresce-se que “eles [Ministério Público] são amiúde sujeitos a pressão política – uma grande fraqueza, se considerarmos que os interesse difusos, frequentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais.” (CAPPELLETTI, 1988, p.51-52).

Sem contar que os novos direitos exigem qualificação, não apenas jurídica, mas dentre outras, contábil, médica, urbanista, mercadológica, o que só reforça a idéia de que o *Parquet* deve

---

[11] Para Watanabe (1998, p.624-625), “Agora, é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução da doutrina e da jurisprudência, usa dos termos ‘interesses’(art.5º, LXX,’b’), ‘direitos e interesses coletivos’(art.129,III), como categorias amparadas pelo direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência hoje bastante acentuada de se interpretar as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não meras metas programáticas ou enunciações de princípios.[...] Na conceituação dos interesses e direitos ‘difusos’, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.”.

[12] Consoante a lição de Cappelletti (1988, p.55), “Permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma.”

[13] Ação popular, para Meirelles (1998, p.113-114), “[...] é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual ou municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.”

[14] Entende Meirelles (1998, p.151-152) que ação civil pública é “[...] o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art.1º), protegendo, assim, interesses difusos da sociedade.”

[15] No entender de Cappelletti (1989, p.50), “Em segundo lugar, a proteção de tais interesses [difusos] tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos com a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo [...]. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, de coisa julgada precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses.”

contar com o apoio de outras instituições para combater abusos na área dos direitos difusos, que não são suficientes com o aporte levado a termo pela criação das agências reguladoras de serviços públicos, pois estas têm se mostrado inclinadas "a atender mais facilmente a interesses organizados, com ênfase nos resultados das suas decisões, e esses interesses tendem a ser predominantemente os mesmos interesses das entidades que o órgão deveria controlar." (CAPPELLETTI, 1988, p.52). Daí ter surgido uma nova tentativa de somar esforços contra desrespeitos aos direitos difusos, que começou nos Estados Unidos com o advogado público.

A experiência pioneira, que começou em 1974, é o Departamento do Advogado Público de Nova Jersei, que "[...] tem ampla missão de representar o interesse público em quaisquer procedimentos administrativos e judiciais, com o objetivo de servir ao interesse público da melhor maneira possível." (CAPPELLETI, 1988, p.53).

Legitimar a propositura de ações que visem salvaguardar direitos difusos, com mais de uma instituição parece ser uma solução razoável, e.g., como permitir que associações civis que possuam pertinência temática[16], possam ingressar com ação popular e ação civil pública, embora se reconheça que em um Estado, como o Brasil, onde há escassez de recursos financeiros, "é necessário muito dinheiro e esforço para criar uma organização de porte suficiente, recursos econômicos e especialização para representar adequadamente um interesse difuso." (CAPPELLETI, 1988, p.59). Ademais, a recente legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública[17], é forte incremento para que se consolide a defesa destes direitos.

Como potencial parceira do Ministério Público, a Defensoria Pública surge com a vocação democrática de, além de defender direitos individuais, reforçar a proteção de direitos que não são, nem serão representados por qualquer grupo. Fala-se daquele direito, que por ser demasiadamente difuso, *verbi gratia*, o direito a manutenção da ordem pública, principalmente da faceta segurança pública; ou ao meio ambiente saudável, impede a que uma associação civil esteja em condições de ser considerado representativo.

---

[16] Este já era o entendimento de Cappelletti (1988, p.57), para quem, "O provimento de 27 de dezembro de 1973, comumente conhecido como lei Royer, atribuiu legitimação ativa às associações de consumidores quando haja "fatos direta ou indiretamente prejudiciais ao interesse público dos consumidores. [...]. É pacífico, atualmente, que os grupos representativos podem demandar direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado eficientemente."

[17] A Lei 11.448, de 15.01.2007, altera o art.5º da Lei nº 7.347/85 que disciplina a ação civil pública, legitimando, para sua propositura, a Defensoria Pública.

A terceira 'onda' inclui a assessoria jurídica ampla, geral e irrestrita[18], e inclui, além dos Defensores Públicos e dos advogados custeados pelos cofres públicos, pois "centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas." (CAPPELLETTI, 1988, p.67-68); o que implica a mudança da forma de pensar do aparelho judicial.

Embora se enfatize que, no Brasil, não se adianta apenas alterar regras de acesso à justiça, mas também modificar o próprio direito substantivo[19], "São as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos; são elas que o ativam para torná-los efetivos." (JACOB, 1974 apud CAPPELLETTI, 1988, p.69).

Este enfoque, que engloba também a assistência judiciária e a proteção de direitos difusos "reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio." (CAPPELLETTI, 1988, p.71), pois entende que as pessoas devem ser consideradas em sua situação cultural, social e econômica[20]. Deve-se admitir o diverso e criar condições para que o Judiciário respeite a sua diversidade[21], pois as partes diferem em relação a poder aquisitivo, concepção filosófica, ou moral ou religiosa do que seja o bem, poder de barganha, experiência e etc.

---

[18] Para Barbosa (1998, p.62-63), "Assistência Jurídica" significa não só a "assistência judiciária" que consiste em atos de estar em juízo de onde vem a justiça gratuita, mas também a pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária. A pretensão da Carta é ampla, não se concentra nos atos do processo, da demanda, do litígio, etc."Assistência Jurídica" compreende o universo, isto é, o gênero, da qual é parte a "assistência judiciária", eis que nem toda "assistência jurídica" é, necessariamente, "assistência judiciária, vez que aquela pode se dar fora do juízo e esta sempre é em juízo."

[19] Santos (1996, p.177-178): "Estas medidas de democratização [do acesso à justiça], apesar de amplas, têm limites óbvios. A desigualdade da proteção dos interesses sociais dos diferentes grupos sociais está cristalizada no próprio direito substantivo pelo que a democratização da administração da justiça mesmo se plenamente realizada não conseguirá mais do que igualizar os mecanismos de reprodução da desigualdade. Há pouco um jurista chileno dizia que não fazia sentido lutar no seu país pelo acesso à justiça por parte das classes populares já que o direito substantivo era tão discriminatório em relação a elas que a atitude política democrática consistia exatamente em minimizar o acesso. Nos EUA os serviços jurídicos para os pobres acabaram muitas vezes por propor reformas no direito substantivo que dessem maior satisfação aos interesses dos seus clientes enquanto classe social."

[20] Segundo a lição de Cappelletti (1988, p.91), "O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isoladas e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. [...] Embora reconhecêssemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento Legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados."

[21] Cappelletti (1988, p.72) considera que "Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação e outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos."

Deve-se reconhecer o hipossuficiente como pessoa digna de igual respeito, e não uma vítima do sistema, que precisa de uma advocacia paternalista, tão pobre quanto o próprio assistido. Para tanto, mister se faz ultrapassar, ainda que tardiamente, a idéia do juiz inerte, do juiz neutro, já ultrapassada na União Européia. Deve-se considerar que um juiz mais ativo, menos formal, que preze mais pela oralidade[22], longe de ser um obstáculo, é um ganho significativo num sistema de justiça não inquisitivo, mas contraditório, "uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes." (CAPPELLETTI, 1988, p.77).

> A finalidade não é fazer uma justiça 'mais pobre',mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de maior 'beleza' – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente. (CAPPELLETTI, 1988, p.165)

Esta igualdade substancial no acesso à justiça, é expressão de uma futura sociedade brasileira que torna a democracia, não só como forma de governo ou forma de estado, mas também como forma de sociedade, já que proporciona uma assistência jurídica, não assistencialista, significando "mais do que a simples representação perante tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participante das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas." (CAPPELLETTI, 1988, p.143).

O Brasil não pode incorrer no erro apontado, não, pelo ex-presidente da República, mas pelo sociólogo Fernando Henrique Cardoso (apud FARIA, 1989, p.158), quando alerta que, "sempre que se analisa a realidade brasileira a partir das teorias sociais clássicas e das experiências dos países mais desenvolvidos, e se prevê o inevitável, tem-se que enfrentar sempre o inesperado." O Brasil deve assumir o seu lugar hermenêutico de Estado periférico, e buscar reformas, que a despeito de observar a interconstitucionalidade, não podem ser transplantadas simplesmente dos Estados centrais, que possuem sistemas jurídicos e políticos distintos de países latino-americanos.

Mesmo se o Brasil, como ocorreu na Emenda Constitucional nº45, importa idéias como o *stare decisis* americano, a autonomia da Defensoria Pública e a idéia de um controle externo do Judiciário, 'com alguma possibilidade de êxito', estes institutos podem "operar de forma

---

[22] É a tese sustentada por Cappelletti (1988, p.93-94), segundo a qual, "Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto como autores, quanto como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e

inteiramente diversa num ambiente diverso. Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação." (CAPPELLETTI, 1988, p.162).

Este é o momento histórico de reprisar a lição de Hesse (1991, p.15 ss.), para quem, caso se pretenda uma Constituição normativa, deve-se conter os ímpetos de reformas mais ousadas e radicais, pois o excesso de mudanças leva ao risco de que "procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório."(CAPPELLETTI,1988, p.163). Não se deve sacrificar a justiça, a pretexto de agregar-lhe o qualificativo de "social" [23], renunciando a um conjunto de valores do procedimento tradicional. É dizer, em termos hegelianos, há algo de velho que permanece no que é novo. O conhecimento científico é obtido por meio de um diálogo entre "mortos e vivos"[24].

Desta forma, antes de verificar a importância da Defensoria Pública como instituição que capitaneia a citada 'terceira onda', sem abrir mão das duas primeiras 'ondas'; bem como analisar a forma como tal deve ocorrer (através da garantia de sua autonomia), é preciso verificar como surgiu, no Brasil a vocação democrática daquela instituição pública, através da salvaguarda da garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita ao hipossuficiente[25], que foi prevista no art. 5º, inciso LXXIV e no art. 134, da Constituição Federal.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, os necessitados econômicos[26] fazem jus à dispensa de pagamento e à prestação de serviços, não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos.

---

rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos."

[23]Pelo magistério de Faria (1989, p.33-34), "O discurso jurídico do Estado intervencionista é operativo, diretivo, e fabulador, uma vez que sua legitimidade repousa, em última instância, no sucesso – isto é, em sua capacidade de dar respostas minimamente plausíveis a contradições e dilemas gerados pelo desenvolvimento capitalista. No limite, portanto, esse sucesso sempre encerra um ato de força e arbítrio – mas uma força e um arbítrio mascarados por uma cosmovisão garantidora da dominação,ou seja: a retórica da 'justiça social', a ideologia do 'progresso' etc."

[24] Para Marx (1990, p.17), "Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem arbitrariamente, nas condições escolhidas por eles, mas sim nas condições directamente determinadas ou herdadas do passado."

[25] Bottini (2006, p.9) entende que "é notável a importância da Defensoria Pública para a consolidação do acesso à justiça no Brasil. Se consideramos que este acesso não se limita à possibilidade de ajuizar demandas ao Poder Judiciário, mas engloba também o conhecimento dos direitos, a maneira de exercê-los e a disponibilização de formas alternativas de resolução de conflitos, percebe-se a necessidade de estruturar um órgão público com competência e capacidade para atuar neste terreno."

[26] Marcacini (1996, p.84 ss.) faz a distinção entre necessitado econômico, que decorre da hipossuficiência de poder aquisitivo do assistido, e necessitado jurídico, em que a assistência decorre de lei e não do requisito da

Sobre a Lei Complementar a que se refere o parágrafo único do artigo 134[27], ela é a de Nº 80, promulgada aos 12 de janeiro de 1994, na qual destaca-se o seu art. 4º, que trata das funções institucionais da Defensoria Pública:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
> I – promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
> II – patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
> III – patrocinar ação civil;
> IV – patrocinar defesa em ação penal;
> V – patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
> VI – atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;
> VII – exercer a defesa da criança e do adolescente;
> VIII – atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegura à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;
> IX – assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meio a ela inerentes;
> X – atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;
> XI – patrocinar os direitos e interesses do consumidor necessitado lesado;
> XII – (VETADO)
> XIII - (VETADO)
> § 1º (VETADO).
> § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.
> § 3º (VETADO) (Organização da Defensoria Pública da União, 1994, p.9-10)

Sobre as referidas funções institucionais acima apontadas, as mesmas não são *numerus clausus*, nem poderia ser de outra forma, já que a assistência prestada pela Defensoria Pública Estadual é jurídica e não apenas judiciária, e mesmo que não houvesse a expressão "dentre outras", no *caput* do artigo em comento, não se deveria interpretar de maneira diversa, já que é opção da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais e regionais, e neste sentido o direito fundamental de acesso à justiça do hipossuficiente deve ser interpretado em consonância com a busca da erradicação da miséria no Brasil[28].

---

situação econômica, e.g., como o caso da pessoa de elevado poder aquisitivo, que acusado de prática delituosa resolve não nomear advogado para o patrocínio de sua causa.

[27] De acordo com o Art. 134 da Constituição Federal "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Parágrafo único. Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais."

[28] Para Ferreira Filho (2006, p.358), "[...] o desenvolvimento [visto pelo prisma econômico] não é fim em si, mas um simples meio para atingir o bem-estar geral. Desta forma, tem ele de ser razoavelmente dosado, para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujos resultados somente beneficiarão às gerações futuras, ou que servirão para ostentação de potências do Estado." só se justificando se direcionado a redução das desigualdades regionais e sociais. Neste sentido, "Ao trazer a jurisdição ao alcance das pessoas necessitadas, a Defensoria Pública torna-se uma instituição responsável por romper uma barreira própria das desigualdades sociais existentes entre os integrantes da comunidade política." (JUNKES, 2005, p.107).

Esta amplitude maior alcançada pela Defensoria Pública, no sentido da plena realização da justiça social, garantindo que qualquer pessoa necessitada possa ter um digno acesso aos mecanismos que poderão garantir seus direitos, traz a tona a idéia da construção de uma democracia participativa, distinta da atualmente praticada no Brasil, e criticada amplamente.

> As democracias contemporâneas se caracterizariam, na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação; corrupção generalizada dos governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seus partidos e às propostas de campanha etc. Diversas são as vertentes do pensamento político que elaboram críticas como estas; desde os realistas – que sublinham o caráter elitista da democracia contemporânea -, até marxistas, passando por liberais igualitários. (SOUZA NETO, 2003, p.4)

O pleno funcionamento da Defensoria Pública é um mecanismo eficaz de combate a este modelo liberal de democracia, meramente representativa, porque possibilita a conscientização dos hipossuficientes de seus direitos e os encoraja a acionar o Estado-juiz, o Estado-legislador e o Estado-governo, pressionando-os no sentido de corresponder também as reais expectativas de suas classes sociais.

Esta pressão social liderada pelo Defensor Público, atualmente, vem surtindo algum efeito satisfatório porque foi conferida a Defensoria, através da Lei Complementar nº80, em seu artigo 3º, os princípios institucionais, nomeadamente, a unidade, indivisibilidade e independência funcional.

É importante que sejam estudados, por outro lado, os princípios e garantias inerentes à instituição e seus membros. Pelo princípio da unidade, entende-se que a Defensoria Pública é um todo orgânico, com uma só chefia, com um só fundamento e com um fim convergente; razão pela qual há, sem qualquer prejuízo, a substituição de um Defensor Público por outro, “entretanto tal unidade não implica em vinculações de opiniões” (PIMENTA, 2004, p.113), podendo e devendo o Defensor Público agir de modo diverso do sucedido, embora vinculado a busca de erradicação da miséria, através de produção de justiça social.

Resultando em conseqüências semelhantes ao princípio da unidade, pela indivisibilidade, a Defensoria Pública, “não está sujeita a rupturas ou fracionamentos” (PIMENTA, 2004, p.113); já pelo princípio da independência funcional, a Defensoria Pública se protege contra qualquer

ingerência política, que seja obstáculo à consecução de seus fins, o que torna o Defensor Público uma nova modalidade de agente político. [29]

Daí, modernamente, a independência funcional, peculiar dos agentes políticos, não decorrer da separação de poderes[30], como alguns doutrinadores defendem quando tratam do momento em que o Judiciário tornou-se um poder estatal; mas

> surge como exigência mesma da essência da jurisdição. [...] independência da magistratura é autogoverno. Mas pode-se pensar também, na liberdade do juiz singular considerado. Aqui, a independência diz respeito a não-interferência de poderes externos(Executivo e Legislativo) e internos(pressões dos Tribunais ou Cortes superiores sobre o juiz).(CAMPILONGO, 2002, p.46)

Daí se concluir também pelo autogoverno da Defensoria Pública, tanto no aspecto financeiro, como nos aspectos funcional e administrativo.

Como garantia do Defensor Público, tem-se a inamovibilidade, a qual impede, de modo relativo, que haja a remoção deste profissional de seu órgão de atuação sem o concurso de sua vontade, proporcionando ao assistido, uma defesa mais consistente, dada a maior tranqüilidade que este agente político desempenha o seu múnus de atacar as reais causas de pobreza, demovendo interesses políticos contrários a este propósito; o que só reforça o princípio da independência funcional.

A garantia da irredutibilidade de subsídios não implica que nos vencimentos auferidos pelo Defensor Público não sejam feitos os descontos obrigatórios, sobretudo os de natureza tributária. Já pela garantia da estabilidade, assegura-se após três anos de efetivo exercício no cargo, que o mesmo só possa ser demitido após processo administrativo, em que seja assegurado o *due processo of law*, e suas densificações, a saber, a ampla defesa e o contraditório.

---

[29] Meirelles (2005, p.76) considera que ”Agentes políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação,eleição designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Estes agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias estabelecidas na Constituição e em leis especiais.”

[30] Para Hamilton (1984, p.579-580), “Essa independência é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo [...]”.

Além das garantias, tem-se que o Defensor Público possui prerrogativas[31], das quais se pode citar, o prazo em dobro, a intimação pessoal, requisição de provas direcionada à autoridade pública e a dispensa de mandato[32].

O prazo em dobro, inclui aqueles judiciais e administrativos, e tem por finalidade tratar os pobres, enquanto cidadãos desiguais, desigualmente, em relação aos demais cidadãos.Quanto a intimação pessoal, e não por órgãos oficiais de divulgação, refere-se ao contato mais aproximado a que o patrono dos necessitados deve ter com o processo, dificultando a perda de prazos e a possibilidade de cumprir melhor os ônus processuais.

Prerrogativa de requisitar da autoridade pública ou de seus agentes material probatório, evita que a pessoa pobre sofra o retardamento de seu processo, já que requisitar é ordenar, e o descumprimento pode levar à sanções penais e administrativas. Por fim a desnecessidade de mandato outorgado ao Defensor "deriva do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo decorre de lei e da investidura do agente no cargo, e não da outorga de mandato." (PIMENTA, 2004, p.118).

Todos estes princípios institucionais da Defensoria Pública, acrescidos das garantias e das prerrogativas do Defensor Público caminham para que esta instituição pública se torne tão importante quanto o Ministério Público, na função de promover o acesso à justiça, mormente ao necessitado econômico, basta observar que, pela primeira vez em uma Carta Constitucional brasileira, na de 1988, há a regulamentação da Defensoria Pública. Ademais ela é regulada a partir do art. 134, da Seção III – "Da Advocacia e da Defensoria Pública", do Capítulo IV – "DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA", que, por sua vez, faz parte do Título IV – "DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES".

Tendo o Defensor Público amplos poderes, estes não lhe dado gratuitamente, mas para cumprir o extenso dever de aproximar tanto as classes sociais entre si, quanto os poderes estatais, sobretudo o Judiciário, dos hipossuficientes; de modo que, pela relevância das atribuições daquele

---

[31] Sendo prerrogativas privilégios funcionais, em geral, conferidos aos agentes políticos, Meirelles (2005, p.78) entende que "[...] não são privilégios pessoais, são garantias necessárias ao exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos de sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados."

[32] Estas e outras prerrogativas se encontram na Lei Complementar nº 80/94, em seu art. 44.

agente político, o descumprimento, por parte de magistrados ou outros agentes políticos, de prerrogativas e garantias do Defensor ou dos princípios institucionais da Defensoria Pública, redunda em inobservância do art.1º, §único da Constituição Federal, quando trata do povo como titular da soberania.[33]

A continuidade deste descumprimento conduz a um risco maior para o assistido, nomeadamente a possibilidade real de que outros magistrados ou demais agentes políticos resolvam praticar o mesmo expediente inconstitucional. Esta generalização resultaria em um importante inobservância da democracia brasileira, pois haveria uma tendência do Defensor Público, para não perder os seus poderes, ter que se compatibilizar com o magistrado e demais agentes políticos, e tais concessões poderiam incluir uma relação de dependência, incompatível com o princípio da independência funcional, e em nível mais alto, com a garantia constitucional da separação de funções estatais, prevista no art. 2º da Carta Política da República, cuja idéia é irradiada também para a separação de funções entre Defensor-Promotor-Magistrado. A criação de uma rede de conchavos entre os três, comprometeria, seriamente, o acesso à justiça do desvalido.

Quer-se concluir que, é equivocada a interpretação de um Estado Constitucional de Direito, caso se considerasse que as instituições divisão de poderes e direitos fundamentais são compartimentos estanques e instituições independentes uma da outra, de modo que, se não fossem criadas as condições para a busca de uma autonomia financeira e administrativa, não só para o Ministério Público, mas também para a Defensoria Pública, esta instituição se aproximaria, perigosamente da magistratura e demais agentes políticos, dificultando uma atuação independente de seus representantes, com conseqüências terríveis para os direitos fundamentais dos pobres e miseráveis, já que o Defensor Público, sem maiores dificuldades, inclinaria-se aos fatores reais do poder, cedendo em circunstâncias que desfavoreceriam sobremaneira os seus clientes.

É dizer, não há garantia de direitos fundamentais do hipossuficiente, se não houver uma divisão de funções essenciais a justiça, embora não estanque, no ato de aplicar a justiça ao caso concreto, posto que o poder concentrado na mão de qualquer agente político, e o magistrado e

[33] Igualmente, Telles Júnior (2003, p.70) afirma que "O que, em verdade, o axioma [todo poder emana do povo, e em seu nome será exercido] prenuncia é que o poder dos governos, quando não emanado do povo, não é poder: é força, força armada; e, neste caso, o regime não tem o caráter de uma Democracia verdadeira. De acordo com o célebre princípio, o governo em regime democrático, só é legítimo, quando seu poder emana do povo."

Parquet estão inseridos nesta afirmação, tende a se corromper, com sérios prejuízos aos direitos dos homens.

A idéia dos freios e contrapesos, como variação estadunidense da teoria da separação de poderes, de Montesquieu, ao especificar a atribuição de cada poder estatal, e ao definir, de modo mais claro, as operações internas de cada poder, possibilita um aumento na complexidade e na capacidade de tomada de decisão de cada um dos poderes, de forma que, há um verdadeiro micro-sistema político dentro da administração da justiça, onde os magistrados controlam e são controlados pela Defensoria Pública, Advocacia e Ministério Público, produzindo uma auto-inibição de cada um dos agentes políticos estendendo-se aos Advogados, quanto a tendência natural de prática de corrupção de seus representantes.

Esta inibição de cada poder serve também como prevenção de abusos, pois quando o agente político estatal, como o magistrado sabe, de antemão que, há real possibilidade de sua decisão ser revista através do recurso, ou de um Defensor Público ou do Parquet, ou de Advogado, ele tende a não praticá-la, o que evita a generalização da corrupção.

Todo este micro-sistema de poder, a que faz parte o Defensor Público, impõe a este, deveres e vedações, segundo a máxima de que quanto maior o poder, maior deve ser a fiscalização relativa às obrigações.

> [...] o Defensor Público não pode deixar de cumprir os deveres que lhe são impostos pela Constituição Federal e pelas leis, nem renunciar a qualquer parcelas de seus poderes ou prerrogativas que lhe foram conferidas. Isto porque deveres, poderes e prerrogativas não lhe foram outorgados em consideração pessoal, mas sim,para serem utilizados em benefício daqueles que o Defensor Público tem o dever de assistir. Descumpri-los ou renunciá-lo será o mesmo que desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo de Defensor Público. (MORAES, 1995, p.105)

Além disto, é proibido ao Defensor Publico a Advocacia privada, devido ao fato de que sua extensa responsabilidade social com a redução da pobreza, é incompatível com concorrência de seu tempo entre serviço público e privado, além do que, não se pode desconsiderar a parcela de egoísmo, maior ou menor, existente em cada ser humano, a qual pode reforçar a tendência de privilegiar a advocacia privada, mais rentável, além do fato de que o subsídio recebido pelo Defensor Público é algo líquido e certo.

Os impedimentos e suspeições do Defensor Público, vão além das causas gerais previstas no CPC e CPP, estendendo-se aos dispostos nos arts. 47 e 131 da Lei Complementar nº80/94. Moraes (1995, p.112) sustenta que "esse impedimento existe, também, quando o Defensor Público tiver dado à parte contrária parecer verbal ou escrito."

Atualmente, o estágio de equiparação da Defensoria Pública com o Ministério Público se encontra em fase de consolidação, dado o caráter progressista da Emenda Constitucional nº45, que alterou o §2º do art.134 da Constituição Federal, conferindo autonomia administrativa, funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária em conformidade com as limitações da lei de diretrizes orçamentárias, com a subordinação ao disposto no art.99, §2º, da Carta Magna, embora somente às Defensorias Estaduais, o que representa um contra-senso que dificulta a sustentação do princípio da unidade da constituição e da harmonização prática, já que não se pode conceber uma garantia maior de acesso à Justiça Estadual em detrimento do acesso a Justiça Federal, chocando-se com a idéia extraída do pacto federativo, segundo a qual, há autonomia tanto na União, como nos demais entes da federação.

Além disto, o art. 168, reformado pela Emenda Constitucional nº 45, afirma que as verbas referentes às dotação orçamentárias, inclusive com os créditos especiais e suplementares "destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º."[34]

Pela autonomia funcional e administrativa das Defensorias Públicas estaduais, entende-se que ela vem como um reforço, sobretudo, para a preservação da independência funcional das Defensorias Públicas Estaduais.

Embora parte da doutrina tenha se posicionado contra o entendimento de que a Emenda Constitucional em comento conferiu plena autonomia à Defensoria Pública Estadual, é equivocada esta postura, por se entender que as normas jurídicas não devem ser interpretadas literalmente, caso essa interpretação venha restringir direitos e garantias fundamentais. A Constituição resolveu tratar de iniciativa para elaboração de proposta orçamentária e em repasse mensal do duodécimo à Defensoria Pública; de forma que é necessário extrair dessas noções

jurídicas que a instituição em análise, efetivamente, passou a gozar também de autonomia financeira, sob pena de ferir dispositivos constitucionais de fundamentalidade material.

Esta fundamentalidade material se expressa, por meio da interpretação lógico-sistêmica dos arts. 1º, II e III ; art. 3º, III; Art. 4º, II; art. 5º, XXXV e LXXIV ; 99, §2º art. 134 caput e parágrafos; 165, § 9º; art. 168 e 170 caput, incisos I, III, VII e VIII da Constituição Federal, que tratam do acesso substancial à justiça estatal, e não apenas ao Judiciário.

Não há como interpretar os citados arts. 99, §2º art. 134 caput e parágrafos; 165, § 9º; art. 168 da Constituição vigente, afirmando que os mesmos não conferem autonomia financeira às Defensorias Públicas Estaduais e iniciativa reservada de lei, se os mesmos estão, intrinsecamente, associados a uma norma constitucional de eficácia plena, nomeadamente, a que veicula o direito fundamental de acesso à justiça do hipossuficiente, nomeadamente, o art.5º, LXXIV, pois que sendo este um direito a ter direitos, ou melhor, um meio para se obter os demais direitos fundamentais; não há como buscar uma desigualdade fática que seja tolerável ao Estado de Direito Democrático, sem conferir a satisfatória autonomia financeira ao órgão produtor do 'direito-charneira', facilitando a produção de justiça social.

O brocardo jurídico 'restrinja-se o odioso, amplie-se o favorável' deve revestir o intérprete de cautela, devendo ele em primeira mão indagar, partindo da premissa de que se está em um Estado de Direito Democrático, o que é odioso para este e o que favorável.

> Favorável a quem? Porque, se o favor for ao mais fraco, é induvidoso o acerto da interpretação; porém se for ao mais forte, ao mais poderoso, a ampliação somente será justa se não redundar em qualquer prejuízo, por mínimo que seja, para alguém mais fraco ou desprotegido. (FALCÃO, 2000, p.264)

Buscar interpretar não, de modo isolado, a favor do mais fraco, social, cultural e economicamente; mas contra as causas da pobreza, desvela o firme propósito do legislador constituinte reformador, que tratou da Emenda Constitucional nº45. Nenhuma interpretação deve conduzir ao absurdo, de modo que restaria inócuo conferir à Defensoria Pública autonomia funcional e administrativa, além do direito de elaborar sua proposta orçamentária e de receber mensalmente seu duodécimo, se daí não se concluir que, doravante, passou ela a ter autonomia financeira.

---

[34] Vide art.134, §2º da CF

A verdade é que, no Brasil, mesmo por setores partidários da esquerda[35], o que demonstra a eventual irracionalidade da conduta humana, as normas jurídicas são interpretadas, em regra, como uma forma de bloqueio à construção da cidadania. A perplexidade se dá quando se observa que, em matéria repressiva, a efetividade das normas constitucionais foi além do programa constitucional (com exceção dos crimes do 'colarinho branco'), basta ver o rigor imposto pela lei 8.072, que tratava dos crimes hediondos, em não permitir, em sua redação original, a progressão de regime prisional, igualando presos de bom comportamento carcerário e os de má conduta.

Enquanto isto, o programa constitucional de minimização da pobreza e erradicação da miséria, é interpretado restritivamente, o que é menos do que a interpretação literal. Esta hermenêutica de bloqueio de direitos fundamentais evita que, se dê ampla eficácia à independência funcional da Defensoria Pública, traduzida por sua autonomia financeira, sob o argumento de que para se ter autonomia financeira a Emenda Constitucional em comento, deveria 'ser mais clara', tal como o fez com o Ministério Público, através dos §§2º e 3º do art. 127 da Constituição Federal.

Ressalte-se que mesmo para o *Parquet*, sob este argumento de viés reacionário, não houve um dispositivo expresso, no sentido de, e.g., 'conferir autonomia financeira'. Não se deveria em 'um Brasil que já há quase duas décadas, possui dentro da idéia de constituição dirigente, um programa para o futuro, de redução de injustiças sociais, cobrar um texto 'mais claro'. Por que tratar duas instituições com propósitos concorrentes, cada um a seu modo, de promover a justiça social, de modo distinto?Por que não estender a autonomia das Defensorias Públicas estaduais à Defensoria Pública da União, através de uma nova reforma constitucional?

Interpretar de forma a não considerar autônoma, financeiramente, as Defensorias Públicas estaduais é primar pelo Direito social inefetivo e direito penal efetivo em demasia, criando óbices à constituição brasileira como uma unidade harmônica e coerente. Aqui 'salta aos olhos' a relevância da linguagem constitucional; de modo que o hermeneuta da Constituição deve

---

[35] Carvalho (2005, p.72) afirma que, "desde o processo de (re) democratização, o nascimento de um novo modelo de direito penal que dificilmente se enquadra nos rótulos 'direita' e 'esquerda', visto que o pensamento repressivista atua, não esporadicamente, como pólo catalisador de perspectivas políticas opostas. O efeito desta pouco ortodoxa união é o alargamento do sistema penal e a minimização das garantias penais e processuais." Para Streck (1997, p.27-28), o discurso da 'lei e da ordem', permeia o imaginário social brasileiro, e neste "[...] a repercussão do problema da criminalidade é superdimensionada e acaba por sustentar uma ideologia do *repressivismo saneador* representado por medidas de caráter meramente instrumentalizador. Há um pânico coletivo, surgido a partir da construção deste discurso."

interpretá-la de modo a explicitar suas versões de significado, consoantes os fins e os valores entremostrados na sua linguagem. Assim procedendo, o intérprete/aplicador pereniza a Constituição, através da mutação constitucional, evitando um permanente trabalho do legislador constituinte, seja ele o derivado, através das emendas; ou o originário, através da feitura de uma nova constituição, já que a 'velha', teve sua normatividade dissolvida completamente.

Não há como não complementar a hermenêutica tradicional de Savigny, com os princípios específicos de interpretação constitucional, sob pena de que a crescente perda de normatividade da constituição dirigente brasileira, chegue ao limite do insuportável, com a substituição por uma nova ordem constitucional, ensejando a uma reação conservadora, de parte considerável da 'direita' brasileira, que ainda insistem em tratar os hipossuficientes como 'filhos dos históricos Barões da federação'.

O primeiro desses princípios é o mais importante, porque determina que se observe a interdependência das diversas normas constitucionais, de modo que formem um sistema integrado, onde cada uma encontra sua justificativa nos valores mais gerais expressos em outras normas. Este princípio é de grande relevância, pois "decorre da exigência da unidade da Constituição, e, segundo, porque os direitos fundamentais constituem a parte material nuclear da Constituição, cuja realização é *conditio sine qua non* para a integração política e social" (STEINMETZ, 2001, p.96), destacando-se que se entende tal princípio como unidade do texto constitucional, na linha de Canotilho.

O princípio hermenêutico do efeito integrador associa-se, diretamente àquele princípio, dispondo que, na solução de problemas, se dê preferência a interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política, e aquela integração reforçadora é melhor obtida, caso se interprete a Constituição como um todo, extraindo de seu 'espírito' a autonomia financeira da Defensoria Pública estadual, pois até mesmo no capítulo destinado aos princípios gerais da ordem econômica, deve se conceber que para ser legítima, a livre iniciativa deve está integrada com a realização da justiça social, assegurando a existência digna de todos[36].

[36] Para Silva (2005, p. 812), "[...] embora também prevista entre os direitos individuais, ela [a propriedade privada] não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização do seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social."

O princípio da máxima efetividade determina que, na interpretação, deve-se atribuir a norma constitucional o sentido que a confira maior eficácia, ou melhor, maior amplitude de sua instância de validade social. Com base neste princípio, advoga-se a tese segundo a qual, com o passar dos anos, as normas constitucionais programáticas devem ser implementadas. Mesmo que se admitisse que o acesso à justiça do hipossuficiente fosse uma norma programática, passados quase vinte anos da Constituição cidadã, sem sucesso no combate a miséria; não há mais como esperar uma Defensoria mais ativa, até porque a norma constitucional que confere a iniciativa de lei e a autonomia financeira já é válida, embora ineficaz, por não se potencializar ao máximo o seu conteúdo.

O princípio da força normativa da Constituição privilegia a historicidade das estruturas sociais que reportam a Constituição, de onde surge a necessidade de permanente atualização, garantindo-se sua efetividade. Efetividade esta que, e.g., evoluiu desde a admissão da Defensoria Pública como função essencial à justiça, por vontade do constituinte originário, até a sua normativização ampliada com a tríplice autonomia da mesma.

O princípio da conformidade funcional observa, no ato de interpretação, o respeito a repartição de funções entre os poderes estatais, de modo que, quando o Tribunal Constitucional for analisar as leis restritivas de direitos fundamentais, deve observar a harmonia entre os poderes públicos. O excesso de politização do Judiciário, que desequilibra a independência e harmonia entre os poderes estatais, é coibido também pelo arejamento de interpretação, proporcionado por uma Defensoria mais ativa, judicial e extrajudicialmente, cuja qualidade teórica é melhor, na medida em que se tem uma instituição com autogestão financeira.

O princípio da interpretação conforme a Constituição, não é princípio de interpretação da Carta Magna, mas interpretação da lei conforme a Constituição. Observa-se, aqui um princípio conservador da legislação infraconstitucional e, conseqüentemente, o respeito à separação de poderes; já que ele visa dar guarida a presunção de constitucionalidade das leis, deixando claro que nenhuma lei deve ser considerada inconstitucional, quando conservando seu sentido, comportar ainda que só uma interpretação que a harmonize com a Constituição. Como a Defensoria Pública encarrega-se de um número quase ilimitado de interpretações, o reforço de sua independência funcional, assegurado pela autonomia financeira, leva a um maior aprendizado. Assim, mediante o controle difuso de constitucionalidade, aumenta-se a probabilidade de se

encontrar uma interpretação conforme à Constituição, valorizando o trabalho do legislador infraconstitucional. Além disto, evita-se o erro, comumente, praticado por juristas, de interpretar 'a constituição conforme a lei', retirando parte de sua força normativa.

Neste sentido, os que fazem a "hermenêutica de bloqueio", afirmam que só há dotação orçamentária para a Defensoria Pública, após a Lei de responsabilidade fiscal determinar o percentual destinado à Defensoria Pública; o que traz o tona o erro de interpretar a Constituição conforme a lei, invertendo a pirâmide kelseniana. Não há como conferir eficácia plena ao direito fundamental de acesso do hipossuficiente à justiça estatal, se este acesso ficar na dependência de uma lei. Diante do excesso de fome que experimentam a maioria dos brasileiros, não há como não fixar o percentual provisório de 2% do orçamento dos Estados, para a Defensoria Pública, que é o mesmo previsto para o *Parquet estadual*, consoante a alínea 'd' do inciso II do art.20 da Lei de responsabilidade fiscal[37], enquanto não se atualiza a legislação infraconstitucional, sob pena de não conferir força normativa à garantia fundamental de ação aos hipossuficientes.

Aqui tem-se a aplicação da teoria dos efeitos recíprocos, segundo a qual caso se tenha um direito fundamental, no caso o acesso à justiça do hipossuficiente, que se confronta com uma lei geral, representada pela lei de responsabilidade fiscal, esta lei limita o direito fundamental ao mesmo tempo em que é interpretada a luz daquele direito, o que só reforça o entendimento de se fixar o percentual de 2% do orçamento dos Estados também para a Defensoria Pública.

Por fim o princípio da concordância prática, que diz que no problema a ser resolvido, deve-se confrontar os bens e valores jurídicos que estariam em conflito, de modo que se estabeleça qual dos valores deve prevalecer, sem contudo deixar de otimizar a preservação dos demais. Este princípio é de suma importância na colisão de direitos fundamentais, pois estes são melhor concretizados como princípios, estão reciprocamente relacionados, na proporção que o estabelecimento de fins, dado pelos princípios, implica uma maior ênfase na qualificação positiva de um *status quo* que se pretende preservar ou promover, em relação às regras jurídicas.

A promoção do *status quo* de assistência jurídica integral e gratuita ao hipossuficiente é densificação do princípio da dignidade humana, como fundamento da República Federativa do Brasil.

> [...] um valor espiritual e moral [dignidade humana] inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar [...]. (MORAES, 2000, p.60)

Acertou o legislador constituinte derivado ao conferir às Defensorias Públicas Estaduais a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias, titularizar a prerrogativa indisponível, de elaborar as propostas de orçamento do órgão de forma mais próxima a sua realidade, fazendo frente às despesas de pessoal, estrutura e funcionamento, e melhorando o acesso à Justiça dos necessitados, com a devida limitação a lei de diretrizes orçamentárias

Tanto que, a EC nº 45/04 deu nova redação ao art.168, para determinar que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos da Defensoria Pública, sejam-lhes entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, em situação idêntica da que já se verifica com os órgãos do Poder Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. Caso se coteje o princípio da eficiência, acrescido ao art.37 caput da Constituição vigente, pela Emenda Constitucional nº19, perceber-se-á com mais intensidade, que não foi outro o propósito da reforma do Judiciário pós-Emenda nº45, pois tal princípio geral da administração também se aplica à Defensoria Pública, cuja a tríplice autonomia é assegurada para que se preste um serviço público eficiente, por meio de regras de boa administração.

> Entendida, assim, a eficiência administrativa, como melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos. (MOREIRA NETO, 2006, p.107)

Bem se vê, que pelo 'espírito' da EC 45/04, as autonomias funcional, administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais, são meios eficientes para a consecução de um fim constitucional. Desta maneira, o princípio da eficiência é melhor observado, se esses órgãos de defesa da cidadania, puderem gerir, financeiramente, seu pessoal e sua estrutura, proporcionando atendimento mais adequado ao seu imenso público-alvo. Esta gestão confere, e.g., uma maior liberdade para, quando da elaboração de suas propostas orçamentárias, contemplarem os subsídios dos Defensores Públicos e a remuneração de servidores públicos da Defensoria, compatíveis com

[37] Trata-se da Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000.

elevada relevância dos seus cargos públicos. Estruturada, adequadamente, perceber-se-á uma tendência em se generalizar em todos os Estados-membros da federação, uma consistente busca pela redução da fome, pela eliminação da miséria.

Reconhece-se que houve omissão em se alterar a redação do art. 61 da CF/88, não tendo o constituinte reformador adaptado à Carta Magna à regra da necessária iniciativa reservada para apresentação de projetos de leis que tratem de assuntos internos do órgão, como por exemplo, a criação e extinção de cargos e fixação da remuneração de seus membros. Mas daí a concluir pela impossibilidade de a Defensoria ter iniciativa reservada quanto a projetos de leis é fazer uma interpretação não sistêmica da Constituição.

Como se poderia advogar a tese de que as Defensorias Públicas estaduais tem autonomia, por terem orçamento próprio, mas não podem gastar mais do que está à disposição no orçamento, e por outro lado, no momento em que necessitar criar novos cargos ou fixar e majorar remuneração de seus membros, o que demanda nova lei, precisará solicitar ao Chefe do Poder Executivo Estadual que apresente o projeto à respectiva Assembléia Legislativa.

Não se pode assegurar uma garantia institucional[38], como é o caso da autonomia financeira, e não lhe conferir eficácia, e não apenas a eficácia como aptidão para gerar efeitos, mas a eficácia social, também intitulada efetividade.

> A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2006, p. 82-83)

A idéia de uma instância de validade, verdadeiramente social, está umbilicalmente associada ao reconhecimento e incremento de força normativa da Constituição, de modo que, sobretudo, as normas jusfundamentais, tais como o acesso do hipossuficiente à justiça estatal de qualidade, devem obter a máxima eficácia possível, diante dos casos concretos.

---

[38] Para Schmitt (1996, p.176) "*La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando la tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta 'universalidad del círculo de actuación'*." No entender de Miranda (1997, p.232-233) "Relevam também para os direitos fundamentais a garantia institucional da advocacia (art. 113. º); a criação da Defensoria Pública ao serviço do necessitado (art. 134. º) [...]".

Guiar-se, no assunto autonomia financeira da Defensoria Pública, pelos exclusivos 'olhos' da letra constitucional do art. 61, é descontextualizá-lo, afinal deve-se interpretar a Constituição Brasileira não só como Constituição de governo, ou Constituição de Legislador ou Constituição de Judiciário, mas como Constituição como ordem jurídica de uma dada sociedade, em um específico momento histórico.

> [...] a Constituição do Brasil não é mero 'instrumento de governo', enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um 'estatuto jurídico do político', mas sim um 'plano global normativo' da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro. (GRAU, 2005, p.8)

Não há mais a Constituição de 1988, mas a Constituição do Brasil de 2008, que introduziu no sistema a autonomia financeira da Defensoria Pública. Como concretizar essa autonomia, se não assegurar à Defensoria Pública, a iniciativa para apresentação de projetos de leis que tratem de assuntos *interna corporis*?

Hesse (1991, p. 24) resolve a questão, ao sustentar que de fato "a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade". Não há como se sustentar que o Judiciário e o Ministério Público têm autonomia financeira e iniciativa reservada para seus projetos de leis, mas que a Defensoria Pública, apesar de ter autonomia, não tem iniciativa reservada para seus projetos de leis.

Insiste-se que há um micro-sistema de freios e contrapesos, estabelecido entre Juiz-Promotor de Justiça-Defensor Público, de modo que para se assegurar a paridade de armas entre os três agentes políticos, evitando a prevalência de qualquer deles, imprescindível é proporcionar-lhes igualdade de oportunidades[39], para que se possam minimizar as desigualdades sociais, culturais e econômicas entre os litigantes.

> Essa interpretação se impõe, não só porque é a única que confere maior efetividade ao § 2º inserido ao art. 134 da CF/88 (que assegura a autonomia financeira), como também porque é a que melhor compatibiliza e conforma o citado parágrafo ao texto constitucional, em especial com os direitos fundamentais dado o princípio da inércia do magistrado, só uma Defensoria Pública autônoma, do ponto de vista administrativo, financeiro e orçamentário, em parceria com o Ministério Público,

[39] Pela lição de Canotilho (1994, p.382), "a igualdade da lei, executada ou completada pela igual aplicação da lei, revela-se mais apropriada para conservar juridicamente as desigualdades fácticas do que para alterá-las. [...] a igualdade como 'justiça de oportunidades' não é a mesma coisa do que igualdade de oportunidades. Esta pressupõe que se eliminem as desigualdades fácticas (sociais, econômicas, culturais) para se assegurar a igualdade jurídica.".

> igualmente livre dos "grilhões" dos governos de plantão, movimentariam o Judiciário, no sentido de levar a termo, os direitos materialmente fundamentais dos "desvalidos. (CUNHA JÚNIOR apud BORGES NETTO, 2006, *on line*)

Além disto, pela teoria dos poderes implícitos, já aplicada pelo STF[40], a autonomia financeira e iniciativa reservada para seus projetos de leis também deve ser extensiva à Defensoria Pública. Esta doutrina, de origem americana, entende que todo órgão constitucional, no exercício de suas atribuições, deve dispor de todas as funções necessárias, mesmo que implícitas, desde que não expressamente limitadas pela própria constituição.

Esta doutrina é adequada ao dirigismo constitucional brasileiro porque vários programas constitucionais, tais como o acesso à justiça do hipossuficiente, devem ser efetivados, o que inclui poderes implícitos à Defensoria Pública estadual, mesmo que não haja uma atribuição, minuciosamente, descrita. Como o acesso à justiça do hipossuficiente é fim constitucional a ser buscado, a inteligência do legislador constituinte derivado não pode ser outra, que não a de ter conferido meios para o atingimento daquela finalidade[41].

Como é a Defensoria Pública, que confere com mais propriedade os direitos fundamentais da população pobre e miserável, já que esta tem o seu primeiro contato com o que representa "justiça" com o Defensor Público e dada a impotência do indivíduo de enfrentar o Estado e as organizações impessoais, deve-se reconsiderar que os Direitos fundamentais de caráter prestacional são melhor defendidos, caso se estenda a atuação quase solitária do Ministério

---

[40] "Ação direta de inconstitucionalidade: dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (art. 357), que admite e disciplina o processo e julgamento de reclamação para preservação da sua competência ou da autoridade de seus julgados: ausência de violação dos artigos 125, caput e § 1º e 22, I, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2-10-03, Ellen, DJ 14-11-2003),alterou o entendimento — firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1.092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) — do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica(situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, caput e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal — ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f).Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual — na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos — possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal. Ação direta julgada improcedente." (ADI 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, DJ de 15-6-07). (BRASIL. STF, 2007, *on line*).

[41] No mesmo sentido, Slailbi Filho (1992, p.33) afirma que "Quando a Constituição dá a um órgão determinado encargo implicitamente lhe confere os meios de realização desse encargo."

Público também à Defensoria Pública, o que ocorreu recentemente com a legitimação *ad causam* da Defensoria Pública, para propor ação civil pública, o que só reflete a idéia de ampliação dos direitos coletivos de cidadania, ampliando o rol dos intérpretes da Constituição.

A ampliação dos direitos sociais dos pobres, através das alterações infraconstitucionais, e.g., a lei que prevê a comunicação obrigatória à Defensoria Pública dos presos que não tenham advogados em 24 horas[42], reflete a busca pela democratização do Judiciário, já que qualquer cidadão, e não apenas o pobre, se não indicar Advogado, no momento da lavratura de sua prisão em flagrante, obriga a autoridade policial, a comunicar sua prisão à Defensoria Pública, que poderá lançar mão da garantia fundamental do *Habeas Corpus*, em defesa de seu direito fundamental à liberdade, o que demonstra que esta instituição pública não oferece garantias apenas à classe social de baixa renda, mas a todas as classes sociais.

Esta democratização não só do Estado-juiz, mas do ente estatal como um todo é uma provável solução para crise do Estado social, pois proporcionaria através de uma Defensoria Pública, com autonomia financeira, uma maior amplitude de garantias sociais aos cidadãos[43].

Com a reabertura democrática e a Constituição de 1988, os direitos civis e liberdades públicas atingiram, mais intensamente, as classes média e rica, deixando as classes pobre e miserável, com um mínimo destes direitos[44], envolvidos que estavam em uma espécie de reação em cadeia, que começa com privação de direitos fundamentais, o que, paulatinamente, vem proporcionando uma política pública de inclusão social deficiente, e que desemboca na sensação de ingovernabilidade[45], levando a ilegitimidade estatal.

---

[42] Trata-se da Lei nº 11.449/2007, que altera o art. 306 do Decreto-Lei nº3. 689, de 3.10.1941 – Código de Processo Penal.

[43] Igualmente, Campilongo (2002, p.44-45) entende que "[...] a crise do Estado Social pode ser descrita como a ausência de uma 'teoria política adequada' a captar as transformações em curso pode-se dizer que a interminável 'crise do direito' seja o reflexo da falta de adequadas garantias sociais ou positivas, isto é, de técnicas de defesa e de garantia judicial comparáveis àquelas oferecidas pelas garantias liberais para tutela dos direitos fundamentais."

[44] Para Carvalho (2001, p.194) "[...] a forte urbanização favoreceu os direitos políticos, mas levou à formação de metrópoles com grande concentração de populações marginalizadas. Essas populações eram privadas de serviços urbanos e também de serviços de segurança e de justiça."

[45] No entender de Sánchez (2002, p.302), "*la crisis de gobernabilidad es a la vez un síntoma fundamental de la crisis del Estado democrático, por lo tanto del Estado de derecho, y de ese primer momento en la formación del Estado moderno que es el Estado como pura potencia.* Para Bonavides (2003, p.284), "A crise constitucional da legitimidade se instaura exatamente quando ocorre uma perda ou déficit de capacidade do Estado para responder às demandas e expectativas econômicas, políticas e sociais dos governados e para promover reformas profundas na Sociedade. [...] Ela também ocorre quando as forças de conservação, as forças estáticas do poder e do corpo

A evolução das modalidades de jurisdição liga-se, historicamente, "à progressiva concentração e centralização do jurídico no Estado" (RUIVO, 1989, p.73), embora subsistam outras formas de administração de justiça, que foram sofrendo metamorfoses, o que poderia ser resolvido por uma Defensoria Publica financeiramente autônoma, evitando que os conflitos sociais chegassem ao Judiciário, através, e.g., da nova redação do art. 585 do Código de Processo Civil[46], que confere à Defensoria Pública, a atribuição de fazer transações entre pessoas em conflito, com força de título Executivo extrajudicial. Além disto, as separações judiciais e o, divórcio consensuais podem ser feitas em cartório, levadas a termo por Defensor Público, sem depender de homologação do Judiciário[47].

A democratização da administração da justiça, e não apenas do Judiciário é uma dimensão fundamental da democratização da vida, tornando a democracia também forma de sociedade. À medida que o Estado cresce em atribuições, aumenta a necessidade de legitimação, "e para se manter enquanto aparelho externo à sociedade, desconexo na imagem do conjunto e reservando-se todo um potencial legitimador, o Estado vai descarregar sobre algumas das suas funções a tarefa de assegurar essa crença de adequação em resposta ao déficit de legitimação." (RUIVO, 1989, p.87).

Aqui há imprescindível idéia de renovação da instituição Judiciário e do papel do juiz, por meio de sua democratização. Na abertura do sistema jurídico, surge a autonomia da Defensoria e o Conselho Nacional Justiça, que aproximam a sociedade do processo de tomada de decisão, tornando-a participativa, e este mecanismo de aproximação e participação não reduzem o controle social exercido pelo direito, podendo até aumentar a sua eficácia, "embora indiciadoras de um modificação do seu tipo para formas mais descentralizadas e difusas." (RUIVO, 1989, p.88).

A ausência de sincronia do sistema jurídico com a instituição Judiciário pressiona por novas racionalizações[48] e fazem surgir a "possibilidade de politização face à instituição judicial, tanto por parte de um leque de potenciais participantes como por elementos do seu próprio corpo; do

---

social se movimentam para uma alternativa de resistência e luta em prol da imobilidade e do *status quo,* retardando e obstaculizando a vocação programática de mudança, inerente às Constituições do Estado social.".

[46] A Lei nº. 8.953, de 13.12.1994, que altera o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil é a Lei nº.5.869, de 11.1.1973.

[47] Trata-se da Lei nº. 11.441, de 04.1.2007, que altera dispositivos da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

outro, o Estado tenderá a conceber, e, até, a dinamizar a participação dos cidadãos na administração da justiça." (RUIVO, 1989, p.89); e a Defensoria Pública é um dos canais de comunicação mais aptos a aproximar o cidadão do Estado.

Com uma Defensoria Pública autônoma tem-se um acesso maior, a, *verbi gratia*, o Poder Judiciário, proporcionando uma maior legitimação ao magistrado, com a criação de um triplo circuito de legitimação, onde o Judiciário dar vazão aos novos direitos sociais, coletivos ou difusos e os movimentos sociais responsáveis por busca destes direitos, por meio da Defensoria Pública, legitimam os magistrados[49]. Há aqui rupturas da democracia representativa, pois se transfere para o Judiciário, decisões vinculantes, que originariamente eram do Legislativo; e "revaloriza o papel do Poder Judiciário, que na teoria tradicional não passa pelo crivo da legitimação democrática." (CAMPILONGO, 1989, p.118).

> Enquanto a teoria de Luhmann afirma que a diferenciação entre legislatura e magistratura é funcionalmente útil e irreversível para o sistema político, verifica-se no cotidiano do Judiciário a possibilidade funcional e a cobrança social por um processo de diferenciação em outro nível. Exige-se do magistrado presença atuante na produção de decisões vinculantes. Nesse processo é inevitável que o Judiciário continue a romper os limites da democracia representativa e a trabalhar, funcionalmente, como novo centro de produção de direitos. (CAMPILONGO, 1989, p.119)

A tese segundo a qual a Defensoria Pública estadual possui também autonomia financeira e iniciativa reservada de lei é um enunciado que possibilita a construção de uma democracia mista de representativa e participativa, é uma solução viável para a crise da Constituição dirigente brasileira, pois o Defensor Público é o agente político que mais pode construir espaços públicos não estatais, possibilitando que a democracia não seja apenas forma de governo e de Estado, mas também forma de sociedade.

Estes espaços públicos não estatais de diálogo livre e igual[50], baseados em acordos para discordar, serviriam para fomentar políticas públicas mais adequadas às populações pobres e miseráveis, e seria levado a termo, nas diversas associações de bairros periféricos, capitaneadas

---

[48] Para Ruivo (1989, p.89), "A expansão da instituição afeta, desse modo o sistema, pressionando-o a novas racionalizações".

[49] Campilongo (1989, p.118) afirma que "segundo Rodotà, é natural que esses grupos prefiram um interlocutor que, como o Judiciário, também seja difuso. Isto significa: a) que o Judiciário oferece maior acesso e menor bloqueio das iniciativas; b) a criação de um duplo circuito de legitimação: do magistrado legitimando as iniciativas desses movimentos e dos movimentos legitimando os magistrados; c) relacionamento direto entre atores e magistrado, com diminuição ou eliminação de intermediários (ofuscando até o papel do Advogado)."

pelo Defensor Público, que teria todo o aparato proporcionado pela autonomia financeira, para levar aos demais agentes políticos estatais, sejam do Legislativo, Executivo ou Judiciário, parte considerável da demanda reprimida dos hipossuficientes.

Esta demanda se operaria através da consolidação de expectativas normativas, advindas da periferia do sistema político, e seriam condensadas pela Defensoria Pública, e traduzidas em proposta de mudanças nas políticas públicas governamentais, na produção normativa do Poder Legislativo e até uma reavaliação das decisões judiciais que afetem aos hipossuficientes, que teriam uma eficácia proporcional ao nível de engajamento social que a Defensoria Pública possibilitasse[51].

Esta forma de educação para a cidadania conscientizaria melhor a sociedade civil, melhorando inclusive a parcela de democracia representativa, pois se escolheria melhor os parlamentares e chefes de poder executivo.

Partindo da premissa que a grande a maioria do povo brasileiro é pobre ou miserável, e que eles estão muito mais preocupados em saber se há pelo menos o alimento para sua família, a cada dia, tem-se que o desafio de uma democracia também participativa é grande, mas não há outra forma de superar a mera democracia representativa, traduzida no sistema de partidos políticos, e dos cargos públicos eletivos, majoritários e proporcionais. A apatia desta parte da sociedade civil é agravada pelo excesso de consumismo, que confunde as prioridades do hipossuficiente, com a franca tendência de transformá-lo em consumidor, em detrimento de seu status de cidadão.

Uma Defensoria Pública fortalecida possui mecanismos para, através da descentralização e da interiorização, convencer o hipossuficiente de que, apesar do aprendizado democrático ser lento e gradual, e repleto de erros e acertos, é o rumo mais adequado para torná-los melhores deliberadores[52], retomando-os como cidadãos conscientes de seus direitos e deveres.

---

[50] Para Fung eWright (2002, p.391), "*Desde el punto de vista de la justicia sócia, los resultados de estes esfuerzos públicos muy probablemente tratán con más justicia las desventajas cuando la deliberación incluye a una diversidad de voces, especialmente aquellas que en sí mismas se encuentran en desventaja.*"

[51] Para Fung e Wright (2002, p.421), pelo fomento à democracia participativa "*Se espera que la participación popular a través de todo el ciclo de acción pública incremente la rendición de cuentas del poder público, y la capacidad del pueblo para aprender de sus éxitos y errores pasados*."

[52] Para Fung e Wright (2002, p.421), "*Con el ejercicio de las capacidades de argumentación, planeación y evaluación a través da la práctica, los individuos pueden convertirse en mejores deliberadotes.*"

O Estado brasileiro interventor, a despeito de necessitar de uma abertura para o direito comunitário, também necessita de uma instituição pública que estimule uma cultura de democracia, evitando que haja o triunfo político da soberania de mercado e do neoliberalismo[53].

Sem participação e compromisso das comunidades pobres não há como haver uma política social voltada para os interesses das mesmas. Construir esta democracia deliberativa passa pelo engajamento entre Defensoria Pública e sociedade civil, pois se aquela possui conhecimentos técnicos, esta possui o conhecimento do senso comum, que unidos podem traçar preferências de políticas públicas por meio do debate, possibilitando uma melhor defesa dos interesses dos hipossuficientes, que passariam a competir melhor com os interesses dos grupos econômicos de pressão, produzindo normas jurídicas mais próximas da justiça social.

Não que se queira desestimular a democracia representativa, mas que houvesse uma reconstrução, na qual, não prevalecesse nem a parcela representativa e nem a parte participativa da democracia. O parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil possibilita esta tese, ao afirmar que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

A autonomia financeira da Defensoria Pública é a legitimidade para se ter um democracia mista, de participação e representação, reforçando a vocação brasileira de republicanismo.

> *Para el republicanismo contemporáneo, este ideal de democracia no está ligado al fomento de una democracia participativa que termine subordinándose o siendo manipulada por las decisiones de la democracia representativa; sino que debe entenderse como un modelo participativo de disputa o de disenso, que dé poder real a los ciudadanos para disputar las decisiones de las agencias estatales.* (HERNÁNDEZ, 2002, p.541)

4.3 A súmula vinculante

Outra proposta de enfrentamento à crise da constituição dirigente no Brasil, através da democratização do Judiciário, é a positivação da súmula de efeito vinculante, doravante, tratada como súmula vinculante, sem antes analisar, criticamente, os debates que a antecederam.

---

[53] Para Fung e Wright (2002, p.427), *"[…] este descenso de la confianza en el Estado democrático afirmativo no refleja un agotamiento real del potencial democrático, sino más bien el triunfo político del neoliberalismo."*

Como forma mais próxima a súmula produzida com a Emenda Nº 45, tinha-se a Súmula da Jurisprudência Dominante criada em 1963, com o fim de "dar estabilidade à jurisprudência do Supremo e auxiliar na simplificação dos julgamentos de causas idênticas sem, entretanto, caráter impositivo e obrigatório para as instâncias inferiores do Judiciário."(ARANTES, 2001, p.23-24).

Com a crise do Estado Social de Direito no Brasil, deficiente no trato com os direitos fundamentais de caráter prestacional, surgiu a tendência de crescimento da litigiosidade difusa, traduzida na quase triplicação dos recursos extraordinários (entre 1990 e 2000), enquanto houve quase duplicação da litigiosidade em torno da uniformização e aplicação da legislação federal entre 1995 e 1999[54]; o que acirrou o debate em torno da súmula, que viesse a descomprimir o Judiciário e a sociedade, com ênfase nas classes menos abastadas, ávidas por uma justiça menos lenta.

Além disto, "A extensão do efeito vinculante das súmulas aos órgãos públicos chamava a atenção para a cota de responsabilidade da administração pública na sobrecarga de processos existentes no topo da pirâmide judiciária." (ARANTES, 2001, p.28), que naquela ocasião era quem mais produzia recursos, visando adiar decisões que, já se sabia de antemão, desfavoráveis àquela.

> Somados, União e INSS foram responsáveis por quase metade da movimentação processual do STF – naquelas duas formas recursais [recurso extraordinário e agravo de instrumento] – entre 1991 e 1997. O levantamento mostrou ainda que nada menos do que 84% desses processos eram sobre causas repetidas, sobre as quais o Supremo já havia se manifestado numerosas vezes. (ARANTES, 2001, p.27)

Estes dados trazem a tona o caráter protelatório dos recursos do Estado-administração. Além disto, demonstra que o desrespeito do Estado-administração às normas jurídicas aumentou o número de ações judiciais e pressionou o Estado-legislador para a súmula vinculante, a qual serviria, por exemplo, para conter repetidos recursos que só aumentaram os valores serem pagos pelo Estado ao cidadão.

> Segundo o Banco Central, se todas as contas do FGTS fossem automaticamente corrigidas de acordo com a decisão do STF, o valor global da correção poderia custar cerca de R$ 38 bilhões, algo próximo do valor de toda a exportação brasileira no período de um ano [...]35. Na primeira sessão do STF que examinou o pedido dos trabalhadores, em abril de 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo despencou 5,03%,

[54] Para Arantes (2001, p.25), "A litigiosidade difusa em torno da interpretação da constituição (Recurso Extraordinário) quase triplicou entre 1990 e 2000 (taxa de 2,7), enquanto a litigiosidade em torno da uniformização e aplicação da legislação federal (recurso especial) quase duplicou entre 1995 e 1999 (taxa de 1,7)."

> sob o receio de que o pagamento dos valores devidos do FGTS levasse a um rombo nas contas públicas em comprometesse a estabilidade fiscal. (ARANTES, 2001, p.35)

Esta inovação veio com a Emenda Constitucional nº45, que inseriu o art.103-A à Constituição Federal. Pela exegese de seu caput, entende-se que as súmulas vinculantes só caberão em matéria constitucional, e só podem ser adotadas como forma de uniformizar reiteradas decisões judiciais no mesmo sentido.

O seu quorum de aprovação é de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que revela uma maioria qualificada e como conseqüência uma maior dificuldade de aprovação, que chega a ser maior que o quorum para se declarar, em sede de controle abstrato, a (in)constitucionalidade de uma lei, que é de maioria absoluta do Ministros do STF., o que revela a opção do legislador constituinte derivado, de dificultar ainda a aprovação,cancelamento ou modificação da súmula vinculante.

Vale ressaltar que a súmula vinculante só pode ser editada pela Suprema Corte brasileira, assim como o seu cancelamento ou revisão, *ex officio* ou por provocação dos mesmos legitimados a propor Ação direta de inconstitucionalidade genérica.

As similaridades em relação à ação de inconstitucionalidade não param. As decisões definitivas de mérito desta ação, por força do art.102, §2º da Constituição Federal produzem eficácia e efeito vinculante para todos os órgãos do Judiciário e também para a administração pública direta e indireta, dos três entes federativos. A súmula tratada, vincula as decisões judiciais posteriores a sua edição; mas também os atos administrativos, que descumprirem o disposto na súmula, poderão ser objeto de reclamação junto ao próprio STF, que verificada a inobservância da mesma, determinará a anulação do ato administrativo, porque em sem tratando de ato oriundo de outro poder estatal, não deve a tutela jurisdicional, em regra, substituir um ato administrativo por uma decisão judicial, mas apenas fulminá-lo de invalidade, sem determinar a expedição de outro ato administrativo, sob pena de ferir a interdependência por coordenação, existente entre os poderes estatais brasileiros.

Quanto as decisões judiciais, o termo cassação da decisão refere-se ao fato de que se está tratando de decisões em sede de um mesmo poder, de modo que se pode determinar, que outra decisão judicial seja tomada, desta feita observando-se a súmula vinculante.

Pelo §1º do artigo em comento, a súmula vinculante assume a finalidade de proteger a validade, e a eficácia de normas constitucionais, quando da existência de controvérsia atual, ou entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública, por seus três entes federativos, que suscite significativa insegurança jurídica, que enseje aumento de litigação sobre questão similar. Tomando-se por base que a súmula vinculante deve ser levada a termo, quando se tratar de repetidas decisões sobre matéria constitucional, entende-se que esta constitucionalidade deve ser direta e não reflexa, sob pena de elastecer-se excessivamento o espectro de ação da súmula vinculante.

Ferreira Filho (2006, p.266) afirma que as referidas súmulas "[...] assumem a força de verdadeiras leis de interpretação, correspondendo a atribuição ao Supremo Tribunal Federal a um função paralegislativa."; o que leva a duas questões; a uma, se a partir do seu texto se constrói uma nova norma jurídica; a duas, se ela contribui para a democratização do Judiciário, do Estado em suas demais dimensões e da sociedade civil.

Desfazendo equívocos básicos, normas jurídicas não se confundem com o texto normativo, embora se reconheça, que, havendo o dispositivo, este passa, no sistema *civil law*, a ser o principal ponto de partida[55] da construção da norma jurídica. Também não é verdadeira a assertiva segundo a qual, para cada texto existe uma norma, pois uma norma pode ser construída a partir de vários textos.

Em alguns casos, há a norma jurídica e não há o texto, basta que se observe o princípio da segurança jurídica, que não está previsto em nenhum dispositivo constitucional e infraconstitucional. O costume, assim entendido o uso reiterado por muitos anos de um uso reconhecidamente eficaz, também é norma jurídica, sendo bilateral, por envolver duas pessoas e atributivo de direitos e deveres para ambas.

A teoria da interpretação não se caracteriza pela descrição de um sentido previamente fornecido pela norma-texto, mas como ato de decisão, constituindo novos sentidos a partir de uma norma-texto, através de métodos racionais. Magalhães Filho (2003, p.84) ensina que o "que

[55] Para Bittar (2001, p.367), "Da superfície, portanto, da aparição textual às profundidades da construção do sentido jurídico, destacou-se o fato de que o texto é imprescindível como ponto de partida para toda prática de interpretação que se realiza em meio às atividades jurídicas, sejam normativas, sejam decisórias, sejam burocráticas, sejam epistêmicas [...]".

diferencia um mero técnico de um cientista do Direito é conhecimento que o último tem da hermenêutica, e o que faz de um jurista um agente de mudança e progresso social é a sua formação ética e humanista".

Muller (apud ÁVILA, 2004, p.240) afirma que "o intérprete não atribui 'o' significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso de linguagem ou versões de significado – sentidos – já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza como uso, ou melhor, como uso.". Percebe-se a importância da linguagem, como liame entre a norma-texto e o intérprete, que se revela a cada nova interpretação, face a peculiaridade de cada caso concreto, analisado em sua ambiência social.

Embora haja sentidos anteriores ao processo de interpretação, captados pelo enunciado de Wittgenstein (apud ÁVILA, 2004, p.24), quando se refere aos jogos de linguagem, afirmando que "há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdo já existentes na comunicação lingüística geral.". Estas estruturas a priori de compreensão, já estão incorporadas ao uso comum da linguagem, e não devem ser desconsideradas, enquanto pontos de vista a partir do qual se inicia o processo de interpretação/aplicação, sob pena de se ferir a segurança jurídica, dissolvendo a normatividade do texto.

Como já dito alhures, já se pode desconfiar do enunciado científico segundo o qual cada dispositivo, já contém de antemão uma regra ou um princípio, pois só surge uma ou outra norma jurídica, após o acréscimo de conexões axiológicas, advindas do caso concreto, construídas pelo próprio intérprete, via argumentativa.

Por fim, ainda que o Poder Legislativo tenha produzido texto normativo sob a forma hipotética, não se poderia afirmar que a partir desta norma-texto, não poderia o intérprete obter uma norma jurídica do tipo princípio, pois o nexo entre as normas constitucionais e os fins e valores que elas veiculam não se encontram completamente concluído antes do processo de interpretação. Daí não se poder, a priori, dizer que um texto de uma dada Constituição, é um princípio ou uma regra. Tudo depende das conexões valorativas, que o intérprete intensifica ou deixa de fazê-lo, estas só aferíveis no processo de interpretação; e da finalidade que entende ser alcançada, sempre se levando em consideração o caso concreto a resolver. É bem verdade, que

sendo o texto constitucional, e principalmente o texto referente aos direitos e garantias fundamentais, de textura aberta, com mais facilidade, dele se faz surgir, por via interpretativa, um princípio; isso não quer dizer que, de antemão, já se diga que toda norma produzida, por meio do referido texto seja um princípio[56].

É dizer, "O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de conseqüências, o que é algo diverso" (ÁVILA, 2004, p.35). Importante é concluir que tanto princípios como regras levam em consideração as peculiaridades do caso concreto. Como os princípios não são normas *prima facie* descritivas, no sentido de que estabelecem um *status quo* a ser preservado ou perseguido sem a descrição pormenorizada da conduta devida, as peculiaridades do caso concreto são observadas sem óbices institucionais. Já nas regras, como há uma descrição de conduta, a consideração aos aspectos concretos e individuais opostos a descrição contida no texto-norma, só pode ser feita, com base em argumentação mais extensa, com base em razões razoáveis ao ponto de superar o obstáculo, segundo o qual as regras devem ser obedecidas.

Como o obstáculo institucional a ser transplantado para se construir uma norma-princípio é significativo, a idéia da tríplice autonomia da Defensoria Pública estadual, como reforço à independência funcional do Defensor Público, confere um reforço de normatividade aos princípios, sobretudo os sobreprincípios, e.g., o *due process o f law* e a dignidade humana.

Importa também considerar que a ponderação é um momento imanente ao processo interpretação/aplicação, já que envolve o balanceamento de razões prós e razões contra, e que só após este sopesamento, surge a norma-decisão, na expressão Mülleriana.

Acresce-se o fato de que o conteúdo preliminar da regras pode ser superado por razões contrárias, por meio do balanceamento de razões; como sói ocorrer, no cotejo das regras com suas cláusulas de exceção. Bom que se diga que a superação axiológica das razões previstas em situação não vislumbrada por cláusula de exceção em relação as razões pela quais se fundamenta a regra devem restar claras, e ser mais intensas do que quando a superação ocorre em favor de

[56] Aqui se faz um reparo à afirmação de Guerra Filho (1999, p.44) quando este afirma categoricamente que "cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são 'regras' daquelas que são

uma exceção prevista, expressamente, pela ordem jurídica; sob pena de haver um excesso de compressão do princípio da segurança jurídica. O princípio também pode ser aplicado, no modo "*all or nothing*"; e que tanto colisão de princípios como de regras podem ser resolvidas pela ponderação de razões.

No caso do entrelaçamento de princípios, há uma maior amplitude de apreciação, já que estes estabelecem apenas um estado de coisas a ser buscado. A atividade de ponderação vislumbra-se claramente nas hipóteses de regras advindas de normas-texto de textura aberta, como é o caso dos textos que contém direitos fundamentais. Nessa situação deve o aplicador observar a finalidade da regra, e após a ponderação das circunstâncias do caso, optar pelo elemento de fato prioritário para definir a finalidade da norma-regra a ser construída. Aqui se percebe que as regras também são normas de fim, pois elas tem como dever, embora mediato, de manter certa lealdade as finalidade subjacentes.

> Há incorreção quando se enfatiza que os princípios têm uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que há esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois os princípios que possuem dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função do caso concreto. (ÁVILA, 2004, p.53)

Nenhuma norma jurídica possui dimensão de peso, e sim as razões e os fins aos quais, tanto princípios como regras fazem referência, é que deve ser atribuída uma dimensão de relevância.

Cai por terra a idéia do positivismo jurídico, que, segundo Vasconcelos (1998, p.44 ss.), tende a confundir texto normativo com norma jurídica, com reflexo direto no Judiciário, reduzindo o processo judicial a mera atividade subsuntiva.

> Distingue-se, neste sentido, entre texto e proposição normativa, sendo que o que pode ser efetivamente observado é a mensurabilidade do significado da norma pela atividade judicante no âmbito de um programa normativo (programa de ação, de decisão ou de ação jurisdicional), a determinar, caso a caso, o novo limite de interpretação da norma. Esta prática efetiva de interpretação da normativa – que inclui o âmbito normativo – é chamada por Friedrich Müller de atividade normativa, constituindo processo efetivo e cientificamente estruturado. (ALBUQUERQUE, 2003, p.97)

'princípios', sendo entre essas últimas que se situam as normas de direitos fundamentais."

É que para Albuquerque (2003, p.99), com nítida influência Mülleriana, entende-se que a criação do direito com base em recurso a uma base quase normativa do comportamento decisional dos tribunais, seria responsável pela introdução de um texto pseudo-normativo, o qual durante desenvolvimento posterior, passa a ser tratado como "texto oficial no processo Legislativo. Do ponto de vista normativo, porém, ele somente viria a tona, quando tivessem se configurando as condições de uma orientação normativa deficitária.".

Assim, o texto da súmula vinculante é pseudonormativo[57], já que apoiado em decisões programantes elaboradas pelo Legislativo, pois "a própria organização da divisão do trabalho estatal em si mesmo viabiliza a programação condicional do processo jurisdicional de decisão". (ALBUQUERQUE, 2003, p.100); embora se tenha reservas a aplicação dos conceitos de decisão programante e decisão programada.

> [...] parece-me que mesmo a distinção entre decisões programantes e programadas somente tem sentido na medida em que intenta expressar uma hieraquização entre as instâncias do legislador e do juiz (que eu não limitaria ao conceito de 'decisão'), deixando porém de lado a programabilidade do legislador pela constituição, em especial através de seus dispositivos Legislativos não revogáveis.(SCHELSKY, 1980, p.49 apud ALBUQUERQUE, 2003, p.100)

Embora se admita que, quando há suficiente pressão social, a decisão judicial provoca uma mudança no texto legal; não é plenamente adequado entender que há excesso de judicialização da política, já que, em parcela considerável das vezes, este fenômeno não ocorre, pois o Legislativo não está vinculado ao Judiciário; embora este esteja relativamente vinculado ao Parlamento, o qual pode produzir uma nova norma-texto que torna ineficaz a súmula, inclusive a vinculante. Tornando-se inapta para gerar efeitos, não mais vincula o Executivo e o Judiciário, sob pena de se inobservar o art.5º, inciso II da Constituição Federal, cuja norma que se extrai impede que os órgãos estatais descumpram a lei, assim entendida como produção normativa oriunda do Parlamento. Há que se entender que o Judiciário não possui legitimidade de origem, já que os seus agentes políticos não são eleitos pelo povo, embora possa ter legitimidade através de decisões que

---

[57] Reale (1999, p.450) afirma que "interpreta-se e valora-se o direito segundo o sucesso que a norma logra obter no seio da coletividade, o que é mais plausível do que subordinar a sua validade, como pretende Ross, a sua futura aplicação pelos juizes". Em sentido diverso, Ross (1961, p.162-163) afirma que as sentenças judiciais são consideradas texto normativo, caso se fundamentem no direito, ou seja, na lei ou no direito consuetudinário; embora admita que a regularidade e a freqüência de decisões judiciais baseada na equidade, enquanto posturas individuais com lastro de moralidade, possa "transformar-se" em direito: *"Realmente las conductas jurídicas desbordan impeceptiblemente el conjunto de motivaciones materiales presentes en la comunidad y viven constantemente em ellas a través de la 'equidad' o de los 'princípios'. Pero este esquema tiene el significado real de que sólo a medida que estas motivaciones se realizan gradualmente y a través del mecanismo de compulsión es que obtienen la forma específica de sanción o de validez jurídica que es resultado de la capacidad del sistema para hacerse legítimo."*

visem alcançar a justiça social, e só neste sentido se vislumbraria a real possibilidade de judiciarização da política.

Fenômeno interessante que se prognostica é que a súmula vinculante tanto beneficia a governabilidade como não desacolhe as minorias, representadas pelos partidos políticos de oposição, na medida em que propicia, segundo Vianna (1999, p.43 apud ARANTES, 2001, p.30), "uma conexão entre a democracia representativa e participativa, para o que concorrem as ações públicas, em que a cidadania se encontra legitimada para deflagrar o processo judicial contra as instâncias de poder.", o que evita o enfraquecimento dos partidos políticos.A contrariedade de parte da oposição em relação a concentração de poderes no STF parte da premissa de que o órgão de cúpula é político e cederia as pressões governamentais, o que pode ser reduzido, com um Conselho Nacional de Justiça, com composição majoritária não integrante da magistratura.

Basta dizer que "[...] enquanto a população brasileira cresceu cerca de 15% entre 1989 e 1999, o número de processos movidos contra a União e a administração pública federal cresceu 360%."(ARANTES, 2001, p.31). O autor sustenta ainda que aqueles que contrariam a idéia da súmula vinculante advogam a tese segundo a qual "[...] essa explosão de litigiosidade de particulares contra o governo, seria sufocada, autoritariamente, pela centralização da máquina judiciária e pela supressão da independência dos juízes de primeiro grau." (ARANTES, 2001, p.33), embora eles não reconheçam que ela impediria que o governo interpusesse recursos repetitivos e protelatórios, sobretudo em momentos históricos de maior inflação. Além disto, a autonomia da Defensoria se encarregaria de arejar a interpretação dos tribunais superiores, e o CNJ se incumbiria de desonerar a máquina judiciária de magistrados lentos e autoritários. Conclui-se que não se pode pensar em reforma do Judiciário, em contexto de crise da Constituição dirigente, sem entrelaçar autonomia da Defensoria, súmula vinculante e CNJ.

> Embora exista grande distância entre a judicialização da política e o ideal de democracia participativa, a oposição esforça-se por manter o modelo Judiciário e de controle constitucional adotado em 1988, não só pela possibilidade de simples particulares poderem levar o governo às barras da justiça, em todos os cantos do país, mas também porque o hibridismo do nosso sistema impede que o STF exerça alguma dominação sobre as instâncias inferiores do Judiciário. (ARANTES, 2001, p.31)

Não se pode desconsiderar, porém, que a súmula vinculante, em meio a uma ambiência de Estado prestacional, onde cada vez mais o Judiciário é chamado a reexaminar decisões tomadas por ele mesmo e pelos demais Poderes, há a possibilidade de uma eficácia *inter privatus*, na

medida em que as relações horizontais entre os cidadãos, possam se conformar com interpretação majoritária da súmula vinculante, e neste sentido, admite-se uma tendência, ainda que não majoritária, de judicialização não só da política estatal, mas da política interpessoal.

Os argumentos dos opositores da súmula vinculante, mesmo ainda em sede de debates sobre a reforma do Judiciário, advogaram a tese de que a súmula vinculante seria inconstitucional por não observar o princípio do juízo natural, dentre outras normas constitucionais, o que não procede, pois tal princípio, que não é do processo, mas da própria jurisdição, não se tornará ineficaz, pois permanece o direito a ser julgado por magistrado escolhido por critérios previamente dispostos na Constituição.

> Fazem tabula rasa do princípio da tipicidade das leis, assim como do juiz natural imparcial [...]. Iludem o princípio do pluralismo político (art.1º, V) que é a base de várias interpretações válidas do mesmo texto normativo. Ofendem o princípio da dignidade humana (art.1º, III), a medida que[as súmulas vinculantes] retiram do juiz o que existe de essencial na atividade judicial, que é autodeterminação [...]. (RIBEIRO, 1999 apud ARANTES, 2001, p.42).

Ademais, o princípio do juiz natural resta incólume, bastando ver que nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte americana, através do *stare decisis*, possui força vinculante sobre as instâncias inferiores do Judiciário. Ademais o pluralismo político não é afetado, pois é possível novas manifestações do Supremo Tribunal Federal, tanto com base na mudança de interpretação da súmula vinculante, quanto em relação a possibilidade de sua alteração ou mesmo cancelamento. Por fim, a dignidade humana do titular da competência jurisdicional, os magistrado, não pode e nem deve levar a questão de estar obrigado a seguir o texto da súmula vinculante a uma questão de ordem pessoal[58].

> *El juez no deberá estar sometido ni a las instrucciones del parlamento ni a las de un tribunal jerárquicamente superior. El envío de un caso por el tribunal de apelación al tribunal inferior para nueva sentencia, la orden dada por un tribunal de revisión de examinar nuevamente un caso de acordo con la interpretación legal obligatoria y la observancia de la regla de stare decisis donde ésta existe, son consecuencia de la conformación jurídica del proceso judicial y no influencias extrañas o ilícitas en la independencia funciona.* (LOEWENSTEIN, 1976, p.295)

Também não se pode dizer que súmula é inconstitucional, por usurpar o Poder Legislativo de produzir a norma legal, com transferência 'invisível' de poder para o Judiciário; além de tolher

---

[58] Para Arantes (2001, p.42-43), "Se a primeira crítica de Luiz Flávio Gomes estivesse correta, não seria possível falar em juiz natural nos Estados Unidos, onde a jurisprudência da Suprema Corte tem força vinculante sobre as instâncias inferiores do Judiciário. A segunda crítica [...] confunde pluralismo político com pluralismo jurídico. A terceira [...] afirma que a SEV desrespeita o princípio de dignidade humana do juiz, como se a função institucional de um órgão Judiciário pudesse ser reduzida a uma questão de ordem pessoal."

o princípio da independência funcional da magistratura[59], pois a súmula vinculante é menos um processo que vise uniformizar decisões, e muito mais um repositório que pode e deve ser reinterpretado, de acordo com renovadas tematizações; não se olvidando que ela é produzida, preponderantemente com base nos textos constitucional e legal.

Silva (2005, p.565) afirma que, ao vincular a administração pública, em seus três entes federativos, as súmulas vinculantes "tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito, que está na base do direito de acesso à justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal [...]".

Pensa-se distintamente, pois com a melhoria do acesso à justiça, através da autonomia da Defensoria Pública, esta instituição tende a ser uma das 'pontes de ouro', a levar os novos anseios sociais dos necessitados ao Judiciário provocando mutação sumular; o que evita o engessamento do direito; pois o que vincula é apenas o texto da súmula, que pode ser reinterpretado pelo juiz de 1º grau de jurisdição, de acordo com a evolução dos costumes sociais[60], desde que não fira o *telos* do texto sumular; não obstante se reconheça que a independência interna do Judiciário possui um outro entrave, traduzido no fato de que os membros do Tribunal são os que avaliam a promoção por merecimento dos magistrados de 1º grau, o que dificulta a que estes juízes possam ter uma maior liberdade, na atividade de interpretação da súmula vinculante..

De lege lata, por força da Lei Federal nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, incluiu-se no rol dos legitimados para requerer a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, também o Defensor Público da União, por ser o representante-mor do acesso à justiça dos hipossuficientes.

---

[59] Em sentido contrário, Cobra (1999, p.21 apud SADEK, 2001, p.44) afirma que "Todos os argumentos da súmula são contra o juiz de primeira instância. São argumentos contra o povo. [...]". Outro argumento consiste em que em "uma aliança majoritária quase sempre vitoriosa nas disputas parlamentares, não é de espantar que a minoria política encontre no Judiciário descentralizado e no sistema híbrido de controle constitucional fortes aliados na luta política." (ARANTES, 2001, p.45-46). Um terceiro argumento levou em consideração que o efeito vinculante "gerou uma conseqüência diametralmente oposta àquela que se pretendia. [...] Houve, na verdade uma triplicação do número de reclamações ao Tribunal, por alegado desrespeito precisamente à autoridade da decisão do Tribunal, que se revestia do efeito vinculante, autorizado pela Emenda Constitucional nº 3." (ARANTES, 2001, p.48).

[60] Pela teoria clássica a modificação das fontes cabe ao legislador, no sistema civil *law*, embora a alteração legislativa possa atingir domínios não previstos como é o caso da "doutrina da eficácia externa dos direitos fundamentais que só se torna compreensível sobre o pano de fundo da idéia da unidade da ordem jurídica e que, na forma da eficácia externa imediata ou mediata, modificou essencialmente o nosso sistema de Direito privado; o tema de Direito geral da personalidade torna-o particularmente claro. Segue-se a força modificadora do sistema

Além disto, o quorum qualificado de aprovação da súmula, impede a que súmula, sem maior relevância constitucional, tenha o *status* de decisão judicial vinculante. Já se percebe que há uma relação intrínseca entre expectativa de democratização do Judiciário e dos demais poderes estatais, acesso à justiça do hipossuficiente e súmula vinculante, pois se entende que quem mais utiliza de recursos protelatórios em juízo é o próprio Estado-administração. Aqui, o poder constituinte derivado reformador primou, por meio da súmula vinculante, por descomprimir a sociedade, que estava sufocada entre o órgão estatal que apostava no descumprimento de suas obrigações sociais e o órgão estatal judicial, que não tinha meios eficazes para fazê-lo cumprir, dentro de um tempo razoável.

Bem manejado por Defensores Público e Advogados, o recurso da reclamação ao STF, funcionará como barreira a estes recursos, tornando o Judiciário mais célere, sobretudo a quem mais é vitimizado pela demora processual, nomeadamente, o pobre e o miserável.

Sobre o receio de que não há suficientes garantias de que as súmulas vinculantes possam diminuir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, já se comentou que a criação do instituto da reclamação perante a Suprema Corte, é instrumento apto a reduzir o descumprimento da súmula vinculante; embora se enfatize que a reclamação só cumprirá seu desiderato caso se tenha uma Defensoria Pública, tanto a da união como a dos Estados, reforçada com a autonomia funcional, administrativa e financeira. Este reforço no acesso à justiça do cidadão de baixa renda, provocará uma resposta mais eficaz ao descumprimento das súmulas vinculantes, o que provoca uma autoinibição do Estado-administração e do Estado-juiz, quando o assunto é descumprir a súmula vinculante. No curto prazo, a tendência é que haja uma maior demanda no STF, através das reclamações; mas a médio e longo prazos, percebendo os magistrados e o Estado-administração, que a Defensoria Pública encontra-se pronta para ingressar com novas reclamações, operar-se-á a autoinibição, reduzindo as reclamações no STF.

Reconhece-se que a súmula vinculante só aumenta a dominação do STF em relação aos demais órgãos judicias, pois se já havia franca inclinação destes em adotar o precedente judicial não vinculante do STF; com o atributo da obrigação de respeito ao precedente, aumenta a tendência de juízes monocráticos cederem a 'fria letra' da súmula vinculante, comprometendo

---

do Direito consuetudinário." (CANÁRIS, 2002, p.114-115), tendo inclusive força derrogadora de textos legais, basta ver a construção pretoriana sobre o cheque pós-datado.

parte da independência funcional; o que só não se configurará, se forem criados os mecanismos para dar vazão a autonomia da Defensoria Pública da União, tornar eficaz a já garantida autonomia das Defensorias Públicas estaduais, acrescido ao incremente de controle do Judiciário e do Ministério Público, através de seus Conselhos Nacionais, os quais já estão tomando providências para reduzir a lentidão processual e os abusos praticados por juízes e Parquet.

Falhando estes mecanismos, admite-se que haverá comprometimento das garantias institucionais do Judiciário, e os 'fatores reais do poder' realmente se encarregarão de engessar um direito essencialmente elitista, com reflexos tendencialmente nefastos ao acesso qualitativo à justiça dos hipossuficientes.

Pensa-se similar a Streck (2005, p.80 ss), quando este sustenta que, para se manter o dirigismo constitucional, depende-se das teses substancialistas, tais como a de John Rawls, porque o procedimentalismo puro habermasiano afasta o caráter dirigente-compromissário da constituição. É fato que as reformas e revisão constitucionais brasileiras, levadas a termo até o presente momento histórico, concentraram-se nas dimensões procedimentais[61] ao privilegiar, *verbi gratia*, a súmula vinculante.

Não adianta somente criar mecanismos para se reduzir o tempo da prestação jurisdicional, se não há mudanças substanciais na Constituição que vise conferir igualdade na lei, forçando o legislador a se vincular mais intensamente pelos fins constitucionais.

4.4 O controle 'externo' da justiça

Desde o inicio da reforma do Judiciário, ocorrida em 1992, vem se criando a idéia de um controle externo da justiça, e não só do Judiciário, o que incluiria seus órgãos públicos essenciais, tais como Ministério Público e Defensoria Pública, embora se tenha centrado as atenções no *Parquet*. Motivos determinantes para o cumprimento deste desiderato não faltaram, dos quais se pode citar a quase ausência de democracia no Judiciário, como reflexo do seu afastamento da

[61] Para Alves (2004, p.11), "tal perspectiva [corrente minimalista/elitista de democracia] ignora completamente o elemento normativo, concentrando-se exageradamente na dimensão procedimental para explicar o funcionamento da democracia. Também negligencia com o aspecto histórico, sendo certo que o método característico que tem sua matriz nos países pioneiros da primeira onda de democratização forjou-se sob o

sociedade[62] e a ínfima eficiência das Corregedorias de Tribunais de Justiça[63] no exercício de seus poderes disciplinares[64], além da pouca celeridade processual.

O controle externo do Judiciário, na Europa, foi criado tão somente para democratizá-lo, sem o intuito direto de fiscalizá-lo, o que, só em parte, aproxima o móvel de sua origem, em relação a motivação de criação do CNJ e CNMP.

> [...] a criação desses conselhos [sic] Europa, por um lado, significava colocar o governo da Judicatura fora do controle do Executivo, mas [...] também significava que, num Estado democrático, fazia-se necessário dotar a magistratura de um sistema de administração que, evitando o mandarinato dos juízes e propiciando certo grau de coordenação com a representação da soberania popular, pudesse ser ao mesmo tempo garantia de independência e não manipulação. (CAMARGO, 2004, p.371 apud UCHOA, 2007, p.55)

Ressalte-se que, já em 1993, teorizava-se sobre a idéia de um controle mais efetivo do Judiciário. Basta recordar que Rocha (1993, p.54), entendia que "a liberação do juiz da subordinação administrativa aos tribunais anula a interferência deste na função jurisdicional.".

> O conselho seria um mecanismo tendente a reforçar a independência do juiz no desempenho de suas funções jurisdicionais [...] Logo é inadmissível a idéia de um conselho como órgão de interferência no trabalho jurisdicional da magistratura. Por conseguinte, sua competência deve ser restrita à parte administrativa, relacionada com a gestão de pessoal e recursos material e financeiro do Judiciário. (ROCHA, 1993, p.147)

Acresce-se que o poder constituinte originário, cujos representantes se encarregaram de, em 1988, instaurar uma nova ordem jurídico-constitucional, não disciplinou nem uma espécie de controle externo do Judiciário.

> A questão do 'controle externo do Judiciário' não figurava na agenda do constituinte. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em exposição de motivos que enviou (30.06.86) ao presidente da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais [...] que a solicitara, sugeriu que a Constituição, a ser votada, incluísse dispositivo

---

influxo de importantíssimos e inafastáveis influxos históricos que não estão presentes no contexto dos recentes ciclos de expansão democrática.".

[62] Para Marcelo Deda (1999 apud SADEK, 2001, p.169), "[...] a sociedade não concebe que, em um Estado democrático de Direito, formulado sobre as bases da Constituição de 1988 possa ter um Poder republicano, fechado em uma casamata, que impede a transparência que afasta a sociedade e que vê de forma preconceituosa qualquer forma de participação de controle social. Todos os Poderes da República avançaram nas suas concepções tradicionais para incorporar no seu funcionamento um diálogo entre a democracia de representação, a democracia representativa clássica e a democracia participativa [...]".

[63] Neste mesmo sentido, Chimenti (1999 apud SADEK, 2001, p.122) advoga que "Hoje há uma Corregedoria eficiente em relação à primeira instância [...] mas não há Corregedoria em relação à segunda instância."

[64] Para Meirelles (2006, p.125), "Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração". Também Moreira Neto (2005, p.124) afirma que "[...] o princípio disciplinar informa a função disciplinar (o 'poder disciplinar'), pelo qual é exercido o controle do desempenho das funções executivas, desde a fiscalização até a imposição de sanções [...]".

> que facultasse ao Conselho Nacional da Magistratura, a ser criado, composto de sete ministros da Suprema Corte, e por ela escolhidos exercer 'controle interno' sobre toda magistratura, a ele permitindo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e a eles aplicar punições. [...] A Constituição, entretanto, não aceitara qualquer das sugestões [...]. (CERQUEIRA, 1995, p.25)

Houve, como é salutar para um regime democrático, muitas resistências a criação de um controle externo da justiça, que foram sendo amainadas com a riqueza do debate aberto, livre e igual; basta ver que pesquisas realizadas no decurso da década de 90, revelam o número crescente de opiniões favoráveis a esta empreitada.

> Enquanto no início dos anos 90 [1993] a maioria dos magistrados manifestava um [sic] opinião negativa sobre a criação de um órgão de controle externo (86,5%), no final da década [2000] houve uma redução expressiva nessa avaliação -25,5%.[...] Significa, isto sim, que o tema tornou-se, ao menos, passível de ser considerado e discutido, ou mesmo sustentado por um grupo no interior do Judiciário. (SADEK, 2001, p.112-113)

Demonstrou ser ainda negativa da idéia dos magistrados em relação a inserção de membros externos a judicatura, como conselheiros, demonstrando o menosprezo pela resolução do problema de acesso à justiça, lamentável naquela ocasião, pois há uma relação entre a composição dos Conselhos Nacionais e a capacidade que os mesmos possuem de, efetivamente, cobrar responsabilidades, sobretudo disciplinares, criar mecanismos de prestação de contas cujo reflexo seria o maior zelo com a *res publica*, proporcionando mais Justiça social[65].

A posição do presidente da Associação dos Magistrados do Brasil deixa clara a irresignação de parte da categoria, no sentido de que o CNJ não deveria contar com outros operadores do direito, pois caso contrário feriria o presidencialismo e a separação de poderes[66], o que não se sustenta ante o argumento de que o presidencialismo, enquanto forma de governo, embora pressuponha uma interdependência menor entre os poderes estatais, esta ainda subsiste, o que em nenhum momento atinge a divisão de poderes, antes a reforça, através da busca da harmonização entre Executivo,Legislativo e Judiciário. Não foi a toa que outra entidade classista, acirrou o debate *interna corporis*, admitindo outros operadores do direito, desde que eles pertencessem

---

[65] Esta é a tese de Sadek (2001, p.103), para quem "[...] a capacidade de a instituição [CNJ] zelar pelo Poder Judiciário, no sentido de cobrar responsabilidades e impor mecanismos de prestação de contas, está estreitamente relacionada à sua composição."

[66] Em 2000, o Presidente da AMB, Antônio Carlos Viana Santos citado por Sadek (2001, p.117), caminhava no sentido de que o CNJ não deveria contar com outros operadores do direito, pois "a presença desses profissionais conflita com o sistema presidencialista e com o princípio da separação de poderes [...].O Judiciário já é fiscalizado, permanentemente pelo Tribunais de Contas,pela atuação dos advogados, dos Defensores Públicos, do Ministério Público e pela própria sociedade."

apenas ao Ministério Público e a OAB[67]; o que foi seguido pela Associação 'juízes para a democracia', que entendia não só que o CNJ deveria ter outros operadores do direito, mas integrantes da sociedade civil, fazendo valer o termo democracia, para adjetivá-la.

> [...] Falta de transparência permite relações escusas e é porta aberta para a corrupção. Dai se vê, desde logo, a necessidade de modificar o art.93, IX da Constituição Federal, que dá base às chamadas sessões reservadas dos tribunais [...] Seria interessante criar um órgão de fiscalização externa do Judiciário, do qual participasse inclusive a sociedade civil. [...] Trata-se de fiscalizar o Judiciário enquanto estrutura de poder. Na jurisdição, por óbvio, não poderia haver nenhuma ingerência, pelo simples motivo de que a independência funcional não decorre da independência dos poderes [...] mas surge como exigência mesma da essência da jurisdição [...]. (CINTRA JUNIOR, 1991 apud SADEK, 2001, p.119-120).

Além disso, a manifestação de Celso de Mello (1993 apud SADEK, 2001, p.129), Ministro do Supremo Tribunal Federal, demonstra a idéia de democracia participativa que habitou o pronunciamento de Cintra Júnior, ao afirmar que "A sujeição do Judiciário ao controle institucionalizado da sociedade civil traduz conseqüência necessária do regime democrático [...]. O Judiciário, que exerce as suas funções por delegação soberana do povo, não perderá a sua independência política pelo fato de expor-se ao controle externo."; e arremata o Ministro, em outro momento, que "Fiscalização e responsabilidade são princípios do modelo republicano. A fiscalização externa não compromete o princípio da separação de poderes. [...] A independência dos juízes deve ser preservada . Mas ela não é uma finalidade em si própria." (MELLO, 1999 apud SADEK, 2001, p.130). Aqui há a clara idéia de que o controle do Poder Judiciário é um pressuposto da democracia[68].

Quanto às discussões relativas ao Ministério Público, percebe-se uma irracionalidade, traduzida na contradição do *Parquet*, que, por seus representantes, considerava que deveria haver um controle externo do Judiciário, enquanto idéia similar não era tão arraigada quanto o assunto se tratava de concordar com um controle externo do Ministério Público, o que levou Sadek (2001, p.135) a afirmar que "[...] é mais fácil aceitar um órgão de controle para outra instituição do que para a própria. [...] a distribuição das respostas mostra que, quando se trata de um órgão para

---

[67] Aceitando outros operadores do direito, a Associação dos Juízes Federais, por seu presidente Tourinho Neto citado por Sadek (2001, p.118), para quem "[...] juízes de primeiro grau devem fazer parte desse controle, juntamente com a OAB e o Ministério Público e os juízes dos tribunais. Um conselho assim composto neutralizaria o risco corporativista."

[68] O então Ministro da Justiça Renan Calheiros, citado por Sadek (2001, p.150), afirmou em audiência pública da comissão de reforma do Judiciário que "[...] a independência, indispensável para que o magistrado possa decidir com justiça, não deve ser pretexto para evitar a criação de um órgão nacional de controle que ajude a melhorar o desempenho do Poder Judiciário. O efetivo controle do Poder Judiciário é, portanto, pressuposto da democracia."

controlar o próprio Ministério Público, o índice dos partidários cai de 62% [favoráveis ao controle do Judiciário] para 52%".

Logo se vê que há uma resistência menor do Parquet[69], embora não muito distante da que se imprimiu ao Judiciário, no tocante à possibilidade de haver controle externo.

> 47% [dos representantes do *Parquet*] manifestaram-se a favor de maioria de integrantes externos do Judiciário. Por outro lado, a composição que se aceitaria no caso do Ministério Público, na hipótese de criação de um órgão de controle externo, é parecida com a sugerida para o Judiciário. No entanto, [...] a maioria dos integrantes de um eventual controle externo deveria provir do próprio Ministério Público. (SADEK, 2001, p.138-139)

Das questões discutidas, ficou claro que na composição do Conselho Nacional de Justiça, no dizer de Sadek (2001, p.140), havia duas questões mais polêmicas, nomeadamente, "a participação de integrantes externos ao Judiciário no total de conselheiros e a presença relativa dos representantes provenientes de órgãos de cúpula ante à base do Judiciário."; o que pode, em menor medida, ser estendido ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Além disto, notou-se a ausência inicial da participação de magistrados de 1º grau de jurisdição nas propostas iniciais de controle externo do Judiciário, o que dificultava mais ainda a democratização do Judiciário, levando, *a posteriori*, a inserção de três juízes daquele nível hierárquico, no projeto aprovado pela Câmara dos Deputados[70].

Percebe-se que a idéia de um CNJ e de um CNMP com uma concepção paritária[71] entre integrantes de carreira e representantes externos a judicatura e ao Parquet, respectivamente,, poderia se aproximar de um verdadeiro controle externo. Esta foi a idéia que permeou a proposta

---

[69] O Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, Achiles de Jesus Siquara Filho, em audiência pública, ocorrida em abril de 1999, citado por Sadek (2001) afirmou, ao tratar de controle do Judiciário e do Ministério Público, que "[...] Nossos controles têm falhado e tem falhado muito. A falência do controle interno levou à discussão sobre a possibilidade de um controle externo [...] Na sua composição acho que deve haver uma participação de membros do Judiciário, da OAB e do Ministério Público, sem embargo dizer que não somos refratários à possibilidade de determinado segmento organizado da sociedade participar." (SADEK, 2001, p.141).

[70] Neste diapasão, afirma-se que "[...] a demanda de participação de juízes de primeira instância no Conselho [CNJ] não encontrou respostas favoráveis nos textos assinados pelos dois primeiros relatores. O projeto de Zulaiê Cobra reservou dois lugares para estes magistrados. Finalmente, o texto aprovado pela Câmara aumentou esta participação para três juízes." (SADEK, 2001, p.110).

[71] Similar a esta idéia, "O *conseil constituionell* francês possui 11 membros, além do Presidente da República, que o preside, e o Ministro da Justiça, que é seu vice-presidente. Cabe ao Presidente nomear os demais conselheiros, dois de sua livre vontade e os demais dentre nomes constantes de listas apresentadas pelo Conselho de Estado (Parlamento) e tribunal de cassação (Suprema Corte) [...]" (UCHOA, 2007, p.58).

por Zulaiê Cobra[72], para o CNJ, com seis de um total de treze conselheiros, que não eram do Judiciário, dos quais, dois eram do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico, o que ampliaria para em torno de 46% de integrantes externos, embora o texto aprovado pela Câmara dos Deputados e que posteriormente tornou-se parte da Emenda Constitucional nº 45, aumentou para quinze o número de conselheiros, reduzindo aquele percentual para 40%, embora inserindo juizes de 1º grau de jurisdição, em um total de três, o que parece ter sido menos mau, posto que estes magistrados, por ter um contato maior com o cidadão, encarrega-se de trazer novas interpretações de fatos e de textos normativos.

Não bastasse a hegemonia de magistrados no CNJ, que prevaleceu no texto vigente, tem-se que os conselheiros também controlam a sua administração interna. Além disto, os membros são indicados, de modo que não há participação de todos os integrantes dos órgãos aos quais se inserem os indicados[73]. Ressalve-se que não há eleição nem para Corregedor do CNJ, já que o§5º do art.103-B da *Lex Fundamentalis*, determina que ele será um Ministro do STJ; de forma que a única eleição, que ocorre ao nível de controle da justiça, dá-se para o cargo de Corregedor Nacional do CNMP, por força do §3º do art.130-A da Constituição brasileira; embora esta escolha se dê, necessariamente, entre os conselheiros oriundos do Parquet.

Para reduzir mais ainda o conteúdo democrático, "[...] na Europa, devido ao controle concentrado de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, nenhum dos magistrados indicados aos conselhos de magistratura exerce jurisdição constitucional, nem mesmo os provindos das Cortes Supremas" (UCHOA, 2007, p.59); enquanto no Brasil, parte considerável dos conselheiros, continua decidindo, incidentalmente, pela constitucionalidade de leis, e o Ministro indicado pelo STF continua a julgar, em abstrato e em concreto, a constitucionalidade de leis.

Outra questão que fica clara nos debates foi a carência de expressividade da Defensoria Pública. Percebe que nem um dos protagonistas políticos da reforma do Judiciário foram

---

[72] Para Sadek (2001, p.106), "Nesta proposta [de autoria de Zulaiê Cobra] acentuou-se ainda mais a participação dos integrantes externos ao Judiciário. Estes passaram a ser seis em um total de treze membros, o que corresponde a quase metade (46%) dos conselheiros [do CNJ]".

[73] Para Uchoa (2007, p.58-59), "[...] na Europa ocidental, ainda que predomine uma participação maior de membros ínsitos ao Judiciário nos seus órgãos de controle, nada pode ser comparado ao caso do Brasil, em que os membros provindos do Poder Judiciário são quase hegemônicos na estrutura interna do Conselho Nacional de Justiça, sem falar que controlam o direcionamento administrativo do próprio Conselho. [...] nos modelos

representantes diretos das Defensorias Públicas, basta observarem que "entre esses atores, destacam-se: em primeiro lugar [...] a própria magistratura; em seguida [...] os integrantes do Ministério Público, juristas, a Ordem dos Advogados do Brasil; depois, lideranças governamentais e expoentes da sociedade civil." (SADEK, 2001, p.111); o que só demonstra o porquê da Defensoria Pública não ter sequer um representante entre os conselheiros, tanto no CNJ, como no Conselho do Ministério Público. Seria relevante para a abertura democrática do Judiciário e do Ministério Público, a presença de um Defensor Público em cada um dos Conselhos, já que este agente político é o que está mais em contato mais intenso com o cidadão pobre ou miserável, grande maioria do povo brasileiro, e poderia levar para os referidos Conselhos, interpretações que visassem atacar as causas da fome no Brasil, além de sugestões para a melhoria do atendimento desta considerável parcela da população do Brasil[74].

A realidade brasileira de baixa densidade democrática também contagiou o CNMP, onde foi inserida uma ampla maioria de integrantes da própria instituição Ministério Público, embora o Conselho só tenha quatorze membros, dos quais seis não são do Parquet, o que totaliza uma representatividade externa ao Parquet ligeiramente maior, em torno de 42%; levando a conclusão de que não há um controle externo das referidas instituições públicas, mas um controle híbrido, com predomínio dos agentes políticos *interna corporis.*

Nota-se também a pouca densidade de democracia participativa, quando se percebe, que não houve nenhum projeto que inserisse uma representação do povo, restando pelo inciso XIII do art.103-B e o inciso VI do art. 130-A da Constituição Federal, para o CNJ e CNMP, respectivamente, que haja dois cidadãos indicados, um para cada casa legislativa federal, embora eles devam ter, além de reputação irrepreensível, um notável saber jurídico, o que exclui a grande maioria da população brasileira, restringindo, excessivamente, o direito ao jurídico, e abandonando a abordagem da sociologia, da filosofia e da ciência política, dentre outras áreas afins do direito, o que empobreceu o debate entre juristas e cidadãos, com sérios prejuízos para a relação entre o §único do art.1º, e a busca da consolidação com a democracia; já que "o axioma [todo poder emana do povo] prenuncia é que o poder dos Governos, quando não emanado do

---

europeus os membros indicados para compor os órgãos de controle do poder são, via de regra, eleitos pelos respectivos parlamentos e/ou órgãos Judiciários."

[74] Neste sentido, Quintana (2002, p.132) advoga a tese de que "*la sociedad civil periférica tiene la ventaja de posser mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuída en ellos.*".

povo, não é poder; é força, força armada; e neste caso, o regime não tem o caráter de uma Democracia verdadeira." (TELLES JÚNIOR, 2003, p.70).

Ademais, a parte final do dispositivo constitucional em comento afirma que, o povo tanto exerce seu poder através de democracia representativa, como "diretamente, nos termos desta constituição", revelando o caráter misto de democracia, ora representativa ora participativa, o que, não só permite, mas obriga o poder constituinte reformador a incluir, *verbi gratia*, cidadãos, tanto no CNJ, como no CNMP, que poderiam ser eleitos por confederações sindicais e associações de âmbito nacional, através do envio de listas tríplices de candidatos mais votados, que por sua vez enviariam ao Congresso Nacional, para que, elegessem pelo menos dois representantes do povo, seguindo raciocínio similar ao inciso IX do art.103 da *Lex Fundamentalis*, que trata dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, pois se uma entidade de classe pode influir no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, também deveria ser competente para influir na busca de uma democracia mais participativa, através escolha de cidadãos para compor o CNJ e o CNMP.

Não obstante, deva se destacar que é a primeira vez que o Poder Legislativo tem influência, ainda que reflexa, na escolha de membros do controle do Judiciário e do Ministério Público, o que representa um avanço, que poderia ser maior, se houvesse também um representante da Defensoria Pública, eleito dentre Defensores Públicos, que preenchessem os requisitos do caput do art103-B da Constituição da República e outro do Poder Executivo, escolhido, e.g., pelo Ministro da Justiça. Restou, apenas, ao Chefe do Executivo Federal, o encargo de nomear os conselheiros do CNJ, após aprovada a escolha por maioria absoluta do Senado Federal; o que não ocorre para os membros do CNMP.

Tanto os conselheiros do CNJ como do CNMP, possuem mandato de dois anos, com possibilidade de apenas uma recondução... *De lege ferenda*, entende-se que esse entendimento deveria ser seguido também para a escolha dos membros de 2º grau de jurisdição, dos tribunais da justiça comum e especializada, federal e estadual, embora com uma duração de quatro anos, permitida uma recondução por igual período, desde que, por voto da maioria absoluta de todos os magistrados de 1º e 2º graus, do respectivo tribunal, o que legitimaria com mais intensidade o juízo *ad quem.*

A Emenda Constitucional em comento inseriu o art. 103-B, que em seu caput, fixou a idade mínima do conselheiro em 35 anos e máxima em 65 anos, para o CNJ, embora o Conselho do Ministério Público não tenha fixada nenhuma idade limite, o que se entende a mesma, aplicando-se, analogicamente, o disposto para o Conselho Nacional da Justiça.

Frise-se que os referidos conselhos não possuem competência de mérito, assim entendida àquela de influir na independência funcional do magistrado e do membro do *Parquet*. Basta observar que a idéia norteadora do §4º do art.103-B da Constituição do Brasil apontam na direção de uma fiscalização e controle administrativo e financeiro do Judiciário, alem de um poder disciplinar sobre magistrados, serventuários da justiça, além de delegados do poder público, tais como órgãos prestadores de serviços notariais e registros, que visam dar uma função social ao Judiciário.

> O CNJ possui tanto competência material, quanto pratica atos que não visam propriamente geração de efeitos jurídicos (p.ex., a elaboração de relatórios), assim como competência normativa (p.ex., a estipulação de normas de conduta). Tal competência normativa [...] dá-se, internamente, p.ex., na possibilidade de auto-regulação, e externamente, p.ex., nas resoluções que expede. (UCHOA, 2007, p.72)

O §2º do art.130-A, que trata das funções do Conselho do Parquet segue a mesma direção de uma autonomia funcional dos membros que atuam na primeira instância do Judiciário, evitando o nefasto corporativismo, além das perseguições internas.

O rol de atribuições é similar ao do CNJ, com competências[75] materiais e competências normativas, embora, segundo o STF, através do julgamento da ADI nº3367-1/DF, os poderes instrumentais do CNJ, não tenham a amplitude para atingir a própria Suprema Corte e seus Ministros[76], o que contraria o disposto no §4º do art.103-B da Constituição cidadã, segundo o qual "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes [...]". A uma, porque, pelo inciso I do art.92 o STF também é órgão do Judiciário; a duas porque, mesmo sendo o órgão que decide as lides em última instância, ele não seria afetado por um controle, já que o mesmo não atinge a função jurisdicional, sobretudo a constitucional, mas as funções administrativas e financeiras; a três,

---

[75] Para Mello (2006, p.140), competência consiste no "[...] círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos."

[76] "4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional." (BRASIL. STF, 2007).

porque um controle do STF, nestes moldes, produziria uma salutar reciprocidade de controle, com inspiração em Montesquieu e no Federalista, já que o STF também controla o CNJ e o CNMP, pois suas decisões administrativas são julgadas pela Suprema Corte, por força da alínea 'r' do inciso I do art. 102 da *Lex Legun*. *Mutatis mutandi*, teria-se raciocínio análogo a teoria dos efeitos recíprocos, onde quando se tem um direito fundamental que se confronta com uma lei geral, esta lei limita o direito fundamental, mas concomitantemente, é interpretada a luz deste direito.

Além disto, há o argumento segundo o qual um controle administrativo do Judiciário, incluindo o STF, não fere nem limitações implícitas, nem limitações circunstâncias, nem limitações temporais e nem cláusulas pétreas, sobretudo a separação de poderes, porque esta divisão não é mais a clássica, mas aquela que vislumbra determinação de decisão, execução de decisão e controle político; de modo que uma real divisão de poderes pressupõe a idéia de que mais de um detentor de poder participe da formação da vontade estatal, e que as funções de cada um deles estão submetidas a um controle político, mesmo em sistema de governo presidencialista, onde governo e parlamento são menos interdependentes.

Este controle político do STF geraria uma maior responsabilidade política[77] e se justificaria, porque não há como garantir direitos fundamentais, sobretudo dos menos afortunados, se não houver uma interdependência de funções estatais. A harmonia inscrita no art.2º da Constituição Federal é o que dar base para esta nova interpretação, que produziria ainda uma autoinibição do STF, em praticar arbitrariedades, já que a possibilidade real de ver a produção de ato administrativo, ou mesmo a anulação de decisão administrativa já consumada evitaria a generalização da corrupção.

Não obstante o equívoco comentado, o julgamento da ADI nº3367-1/DF possui acertos, tais como a afirmação de que o poder constituinte derivado não feriu a separação de poderes ao instituir o CNJ (BRASIL. STF, 2007, *on line*).

> [...] sem profanar os limites constitucionais da independência do Judiciário, agiu dentro de sua competência reformadora o poder constituinte derivado, ao outorgar ao Conselho Nacional de Justiça o proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele poder. [...] o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário.

---

[77] Pelo magistério de Loewenstein (1976, p.70), "*Existe responsalidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada*".

> Ao Conselho atribuiu-se esse reclamado papel de órgão formulador de uma indeclinável política judiciária nacional.

Não bastasse hibridismo da composição do CNJ e do CNMP ainda há o risco em ambos os Conselhos, de que a escolha dos civis de notável saber jurídico recaia sobre os próprios parlamentares, como se dá, comumente, na escolha dos conselheiros dos Tribunais de Contas, evitando a que mais pessoas possam interpretar a Constituição, que se repete, não deve ser manejada apenas por quem tenha formação exclusivamente jurídica.

> Nessa perspectiva, o controle exige dos profissionais que o executa habilidades distintas dos conhecimentos usuais ensinados nas escolas jurídicas, pois ao mesmo tempo em que deverá o 'controlador' monitorar todas as fases da administração deverá também definir os padrões de desempenho, acompanhar o desenvolvimento dos processos, checar os resultados comparativamente às metas iniciais, e se, necessário, tomar medidas corretivas de modo a garantir a total eficiência da cadeia. (UCHOA, 2007, p.66)

Além disto, todos os magistrados são indicados, ou pelo respectivo tribunal a que integram, caso do STF, STJ e TST; ou são indicados por tribunais a que não fazem parte, o que dificulta ainda mais a independência do conselheiro, que é, fortemente pressionado, a entender a indicação como um favor a ser futuramente recompensado, o que leva a conclusão de que "não havendo participação do conjunto da magistratura no processo de escolha de seus representantes, não se vê no CNJ traços de democratização evidentemente necessários para um conseqüente melhor funcionamento da justiça."(UCHOA, 2007, p.78), o que só reforça o argumento de autoridade em detrimento do argumento racional, pois nem os magistrados de 1º de jurisdição são escolhidos por seus pares. Mais democrático foi o critério utilizado para o CNMP, pois, consoante os incisos III e IV do art. 130-A da *Lex Legun*, os conselheiros são escolhidos pelo próprio órgão do MP a que fazem parte.

De *lege ferenda*, para uma maior densidade de democracia, o presidente e o corregedor, tanto do CNJ como do CNMP deveriam ser eleitos pelos conselheiros, podendo se candidatar ao cargo, não só integrantes, respectivamente, do Judiciário e do Ministério Público. Além disto, deve-se dispor sobre eleição para a composição dos membros do CNJ, e desta forma "democratização na forma de recrutamento certamente irá garantir que o CNJ foque o Judiciário sistemicamente, e não apenas as instâncias iniciais, sobretudo os juízos monocráticos." (UCHOA, 2007, p.106); o que minimizaria os acordos com fins meramente corporativistas[78].

---

[78]Para Dino (2005, p.103) "A respeito dos magistrados que farão parte do CNJ, é fundamental a cláusula referente à pluralidade de instâncias e ramos do Judiciário. Este fator – aliado a participação externa – reduz os riscos de pactos corporativos que possam limitar a atuação do novo órgão, [...]. Porém, estas teses podem ser

Ainda como forma de superar a crise da constituição dirigente brasileira, através da paulatina democratização, não só o Estado, mas também a sociedade sugere-se, ainda em futura reforma da Magna Carta, que seja criado um Conselho Nacional de Defensoria Pública, posto que, com o aumento das atribuições das Defensorias Públicas e a crescente conscientização do seu público-alvo, deve-se aumentar a fiscalização das mesmas, sob pena de que padeçam dos mesmos vícios já apontados no Judiciário e no Ministério Público, cuja composição deve ser eleita e ter representação paritária de membros da Defensoria Pública, e de pessoas que representem órgãos essencias a justiça e até mesmo externos a esta, sob pena de que prevaleça o receio de Nalini (2006, p.292), para quem "todas as reformas correm o risco de neutralização se preponderar a visão hermética, arcaizante e imune ainda presente na comunidade jurídica.".

Não se quer aqui enaltecer apenas os erros da Emenda nº45, mas também reconhecer alguns avanços, que ocorreram, e.g., com os Conselhos híbridos, com ênfase ao CNJ, pois se pode enumerar a aprovação do fim das férias forenses, ancorado no inciso XII, do art.93 da Constituição Federal, que dispõe sobre o caráter ininterrupto da atividade jurisdicional; pois, se um cidadão, em regra, trabalha um ano para ter direito a trinta dias de férias, como pensar que os operadores do direito devem ter, além das férias, este malsinado período de recesso.

Ademais, determinou que a promoção por merecimento dos magistrados devem obedecer critérios objetivos, em voto aberto de sessão pública, tornado sem efeito, e.g., efeitos de promoções ocorrida no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí[79], o que dá a garantia de que a ascensão profissional obedeça aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da moralidade, e se aproxime da justiça social. Além disto, contribuiu para extirpar uma enfermidade antiga do Estado, embora só ao nível do Judiciário, quando proibiu o nepotismo[80].

Em que pese as crítica feitas às Corregedorias do CNJ e do CNMP é importante que se diga que, em levantamento feito por Uchoa (2007, p.90), "os dados apontam que os processos de competência originária da Corregedoria [do CNJ] chegam a quase 50% de toda demanda do Conselho Nacional de Justiça"; o que revela o indício de que os magistrados que apresentam

---

retomadas quando da elaboração da LOMAN, prevendo-se pelo menos a formação de listas prévias de modo participativo."

[79] BRASIL. STF, 2007, *on line*. Notícias. Edição de 25 de outubro de 2005. Conselho decide sobre descumprimento de resolução sobre promoção de magistrados.

[80] BRASIL. STF, 2007, *on line*. Notícias. Edição de 27 de setembro de 2005. Conselho Nacional de Justiça proíbe nepotismo no Judiciário.

desvio de conduta estão sendo melhor fiscalizados, levando à uma reação em cadeia de autoinibição em relação a condutas repreensíveis de outros magistrados, no aspecto jurídico-disciplinar. Esta parece ser a tendência que parece se consolidar também no CNMP, em relação aos representantes do Ministério Público.

Ressalte-se que há uma competência concorrente da Corregedoria do CNJ em relação às corregedorias dos tribunais, por força do disposto no inciso III do §4º do art.103-B, com possibilidade de, assegurado o devido processo legal, avocar processos administrativo-disciplinares em andamento e ainda determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria de magistrados. Raciocínio similar é encontradiço no CNMP, onde há todo este rol de competências, de onde se conclui que também há concorrência de competências entre as corregedorias do Parquet e o Conselho.

Percebe-se que os Controles do Judiciário e Ministério Público, embora híbridos, são reflexos de amadurecimento da democracia brasileira, que por meio de uma efetiva prestação de contas, legitima o Judiciário, enquanto poder, e esta parece ser a importância maior da criação dos dois Conselhos. Secundariamente, há o franco objetivo de reduzir a lentidão e proporcionar melhor acesso à justiça, repita-se, aos mais carentes de recursos financeiros.

Outro aspecto importante na construção da democracia é que por força do inciso I, §5º do art.103-B e do inciso I, do §3º do art.130-A ambos da Constituição Federal, respectivamente, o CNJ e o CNMP devem receber reclamações e denúncias contra magistrados e representantes do Ministério Público; o que revela o caráter de abertura.

Por fim, a OAB oficiará em ambos os Conselhos, representada por seu Presidente de Conselho Federal. Além disto, o Procurador Geral da República terá assento só no CNJ, já que o mesmo é o Presidente nato do CNMP. Esta é a exegese que se extrai do §6º do art. 103-B e do inciso I e §4ºdo art. 130-A; os quais só reforçam a fiscalização do cumprimento da Constituição e da Lei.

Entra em cena a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. O próprio Haberle (1997, p.23) sustenta que “[...] a interpretação não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo têm acesso todas as forças da

comunidade política” de modo que, ao abrir os Conselhos para qualquer cidadão, aumenta-se a possibilidade de cumprimento do programa constitucional, ao menos no tocante ao Judiciário e ao Ministério Público, democratizando a interpretação constitucional em busca da superação da crise da constituição dirigente.

CONCLUSÃO

"E o tempo passou na janela, só Carolina não viu"
Chico Buarque

Do ponto de vista histórico-evolutivo,, o Judiciário vem se desenvolvendo de forma lenta e gradual, caminhando desde o momento em que não era um genuíno poder estatal, na idade moderna e no primeiro século da idade contemporânea, até o momento em que assumiu a teoria do poder constituinte, do Abade de Sièyes, passando a ser o guardião da Constituição, controlando tanto o Legislativo como o Executivo.[1]

No século XIX, ainda apegado a velha teoria geral do Estado, não havia espaço para se generalizar conceitos de supremacia da constituição, e em cima dos quais, construir uma teoria constitucional.

> Como a tendência maior da teoria constitucional em princípios do século passado [século XIX] era, pois, a de sancionar o princípio da rigidez, só temos que louvar a posição originalíssima do constituinte pátrio pelas soluções propostas ao problema, já de todo intuito e certamente meditado. [...] Em verdade, só era constitucional o que entendesse com os limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e com os direitos políticos e individuais dos cidadãos. De tal sorte que tudo mais que entrasse na Constituição seria apenas formalmente constitucional. [...] Manteve a Constituição de 25 de março de 1824 a admirável distinção que ainda hoje nos deveria servir de modelo e inspiração, quando a reflexão busca remédios com que tolher a enxurrada de casuísmos invasores, por onde tem resultado a obesidade e o desprestígio dos textos constitucionais. (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p.100)[2]

Esta teoria só passou a ganhar corpo, com o advento do Estado Social de Direito, no início do século XX, com o fenômeno da generalização dos conceitos a cerca da teoria do poder

---

[1] Não obstante, esta crescente democratização do Governo e do Parlamento não foi seguida pelo Judiciário, sobretudo na América Latina, que mesmo após ter evoluído de poder nulo para verdadeiro poder estatal, com o *judicial review* e a sindicabilidade judicial dos atos administrativos, permaneceu com suas estruturas aristocráticas, o que valeu o comentário de Dallari (2002, p.151), para quem "a hierarquia, inerente à organização administrativa, não deve ser confundida com a existência de guises de categoria superior e inferior, não sendo democrático tratar de modo autoritário os considerados inferiores e negar-lhes qualquer possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento […] da organização judiciária."

[2] De acordo com a Constituição Imperial, em seu art. 178, "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias." (BECKER; CAVALCANTI, 2004, p.21).

constituinte. O *Welfare State* requeria uma demanda por políticas públicas, não deixando outra opção, que não a de conferir eficácia às normas constitucional, que passaram de *ratio legis* para *legis*, no decorrer do século XX.

Desta forma, substituiu-se a idéia oitocentista de supremacia dos Códigos, pela supremacia da Constituição, e a divisão de poderes, pensada por Montesquieu, de quase estanque separação, para uma maior interdependência entre as funções estatais, o que possibilitou não só a garantia de direitos fundamentais individuais, mas também os direitos fundamentais de caráter prestacional, passando o Estado de absenteísta para um Estado prestador de serviços públicos, o que forçou o Judiciário a mudar a postura, passando a reexaminar atos dos demais poderes, controlando-os com um grau maior de eficácia, sem perder o seu papel social de resolver as lides entre cidadãos.

Este Estado Social de Direito, que na Europa atingiu seu ápice em meados do século XX, foi entrando em declínio, com a crise do petróleo, na década de setenta, iniciando-se uma escassez de recursos, fomentando o desenvolvimento do já criado Mercado Comum Europeu. Os reflexos desta crise financeira levaram a formação de blocos comunitários, o que levou a gradual perda da força normativa das Constituições estatais européias. Não foi distinto em Portugal.

Enquanto em Portugal, a crise é reflexo da perda da centralidade da Constituição de 1976; no Brasil, ela revela mais busca desta centralidade, e menos o fenômeno de globalização, traduzido no avanço da mundialização da sociedade e no desenvolvimento de um Direito Comunitário, levado a termo em blocos de Estados, dos quais se pode citar a União Européia e o Mercosul.

Não que se negue a busca de uma integração Latino-americana de Estados, mas que este intento seja seguido de propostas de consolidação da Constituição destes países, como norma jurídica de hierarquia superior.

Uma destas propostas, no Brasil foi a reforma do Judiciário, traduzida na Emenda Constitucional nº 45. Por ela, o poder constituinte reformador buscou a democratização do Judiciário, através de alterações, dentre as quais, destaca-se a súmula de efeito vinculante, o controle híbrido do Judiciário e do Ministério Público, e a autonomia financeira, funcional e administrativa das Defensorias Públicas estaduais.

Bom que se diga que nenhuma das três inova, significativamente, em relação a outros Estados europeus ou americanos; embora haja uma inovação interna que se traduziu na expectativa de um acesso qualititativo e quantitativo à justiça estatal, sobretudo aos hipossuficientes.

O caráter democrático da reforma do Poder Judiciário se revela, desde logo, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, já que sua missão precípua é a fiscalização administrativa e financeira, exercício do poder disciplinar, além de traçar estratégias para a melhoria do atendimento ao jurisdicionado.

Tendo, sobretudo, o CNJ, passados três anos, coibido desvios de conduta, proibido o nepotismo e o recesso do Judiciário, dentre outras atitudes, passou a gozar de uma inicial legitimidade, que pode se estender mais ainda; sobretudo se a jurisprudência mudar, admitindo controle também do STF.

De *lege ferenda*, deve-se também criar um Conselho Nacional da Defensoria Pública, evitando o enfraquecimento da autonomia desta Instituição Pública, a nível estadual, e a criação da autonomia da Defensoria Pública da União. Ademais, devem os Conselhos fugir do hibridismo, e passar a ter uma composição paritária, o que se aproxima da idéia de um verdadeiro controle externo do Judiciário e dos órgãos estatais essenciais a justiça.

Ainda sobre a autonomia financeira, administrativa e funcional da Defensoria Pública, esta padece ainda do influxo reacionário, cujos doutrinadores responsáveis insistem ainda na idéia de que, a Emenda nº45 não conferiu plena autonomia financeira, o que depõe contra a expectativa de democratização do Judiciário, pois, sem haver a possibilidade de iniciativa reservada de Lei à Defensoria Pública, não há mecanismos eficazes para o acesso à justiça, para o pobre e o miserável, caindo por terra toda a idéia central da reforma do Judiciário.

Por fim, a súmula vinculante, que ainda não se mostrou eficaz, só não produzirá uma nefasta hipertrofia do Supremo Tribunal Federal, se os demais mecanismos, a saber, os Conselhos Nacionais e a autonomia financeira da Defensoria Pública tornarem eficazes, o que depende de vontade política, dos três poderes estatais.

Falhando os mecanismos, haverá um verdadeiro engessamento do direito, com sérias conseqüências para a independência funcional dos magistrados, sobretudo os de 1º grau de jurisdição, que serão levados a decidir conforme o texto sumular, e não em relação a pseudonorma extraída da súmula, agravando ainda mais a crise da constituição dirigente.

A sociedade civil e os operadores do direito, sobretudo os agentes políticos, devem entender que, se a reforma do Judiciário restar inócua, este Poder não conseguirá enxergar que deve abandonar a idéia de neutralidade política. Sua imparcialidade tem limites, de forma, que deve demonstrar claramente a opção por minimizar as causas que levam a pobreza, produzindo uma desigualdade fática, que permita o convívio entre as classes sociais.

Este intento só ocorrerá se Juízes, *Parquet* e Defensor Público lutarem para democratizar suas instituições, abrindo-se ao diálogo com a sociedade civil, que é a principal razão de ser da Justiça. Resultando desta conclusão, a busca do início de uma proposta de solução da crise da constituição dirigente brasileira, sem que seja necessária a substituição por outra Constituição. Para tanto, devem, tais instituições essenciais à Justiça, reforçar-se no controle normativo do Legislativo e do Executivo, incuntindo nos mesmos, a idéia de que ambos se vinculam por fins constitucionais.

A partir desta nova crença no Judiciário, passa-se a revalorizar a normatividade da Constituição, permitindo uma nova realidade constitucional de eficácia de suas normas, sejam elas plenas, limitadas ou contidas; e não uma falsa discricionariedade do Legislativo e Executivo, de que as normas constitucionais se adequam aos fatores reais do poder, o que reduziria os direitos fundamentais a reserva do possível, além de não fomentar a busca de um misto de democracia, traduzido na representatividade e participação.

Em favor desta idéia de democracia participativa, tem-se a possibilidade de que, através da súmula vinculante e do instituto da reclamação, evitar a que governos insistam em recursos protelatórios, negando direitos da população, que possibilita ao Defensor Público denunciar o descumprimento da referida súmula; soma-se a possibilidade de que qualquer cidadão possa formular uma representação contra magistrado no CNJ; além de que há a possibilidade de que os hipossuficiente possam se conscientizar de seus direitos, e chegar aos tribunais superiores, através de uma Defensoria Pública fortalecida.

Por derradeiro, nota-se que a reforma do Judiciário, não é só reforma do Poder Judiciário, mas reforma da justiça estatal, que só produzirá seu intento de conferir justiça social ao cidadão comum, se todos os mecanismos criados funcionarem harmonicamente, em uma relação de interdependência. *Verbi gratia*, não há como se ter êxito na aplicação da súmula vinculante, se a Defensoria Pública, que trata dos interesses da maioria do povo brasileiro, não tiver sua autonomia assegurada; não adianta se ter um CNJ e CNMP funcionando, se não há Defensores Públicos para denunciar arbitrariedades dos agentes políticos; dentre inúmeras outras relações e combinações.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **A jurisdição no Estado de Direito Democrático**: Uma abordagem sistêmica. Tradução de Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Fortaleza, 2003, Tese (doutorado em Direito), Universität Münster, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. Introdução. In: ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**: Retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARANTES, Rogério. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

_____; SADEK, Maria Tereza. Introdução. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

ARENDT, Hannah. **Da revolução.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1988.

ARINOS, Afonso. **Estudos de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Estudos sobre Hegel**: direito, sociedade civil e Estado. Tradução de Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de**. História constitucional do Brasil.** Brasília: Paz e Terra Política, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo. A Consagração de um modelo. In: **Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**, **II,** Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário, Brasília: Cromos, 2006.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre revolução em França**. Tradução de Renato de Assunção Faria, Dênis Fonte de Souza Pinto e Cármen Lídia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

CALMON, Pedro**. História do Brasil. 4.** ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1981. v. 4.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Política, sistema judiciário e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça. **Revista da informação legislativa**, Brasília, ano 41, n.164, p.367-381, out.- dez./2004.

CANÁRIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANECA, Joaquim do Amor Divino**. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca.** Evaldo Cabral de Melo (Org.). São Paulo: Editora 34, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

_____. _____ . 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____.Resposta. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal, Sub-secretaria de edições técnicas, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO, Manuel Emílio Gomes de. **Os Deputados nas cortes gerais de 1821**. Brasília: Senado Federal conselho editorial, 2003.

CARVALHO, Salo de. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1998.

CERQUEIRA, Marcelo. **Controle do judiciário**: doutrina e controvérsia. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CITTADINO, Gisele**. Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BECKER, Antônio; CAVALCANTI, Vanuza (Org.). **Constituições brasileiras de 1824 a 1988.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. v.I.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Prefácio. In: CANÁRIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. 2. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

DINO, Flávio et al. **Reforma do Judiciário:** Comentários à Emenda nº. 45/2004. Niterói: Impetus, 2005.

DUSSEL, Enrique D. **Para una ética de la liberación latino-americana**. Buenos Aires: [s.n.], 1983. v.I.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Fortaleza: Forgrel, 1976.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, José Eduardo. Apresentação. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. Ordem legal X mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FORST, Rainer. **Kontexte der gerechtigkeit**: politische philosophie jenseits von liberalismus und kommunitarismus. Frankfurt sobre o meno: Suhrkamp, 1996.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição:** a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração estatal na União Européia e no Mercosul**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional. **Teoria y Realidad Constitucional**, nº.1, Madrid, Universidad Nacioanal de Educación a Distância/ Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, p.65-87 jan./jun. 1998.

GARGARELLA, Roberto. La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Cambridge: Polity press, 1991.

GRAU, Eros Roberto. Resenha do prefácio da 2ª edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

HABERLE, Peter **Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten**: Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfssungsinterpretation".[S.l.]: [s.n.], 1980.

_____. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. [S.l.]: [s.n.], 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia.** Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v.I.

_____. **Direito e democracia.** Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v.II.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**: Complementos y estúdios prévios. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2001.

HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, H.L.A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. Nicolai, Berlim. Trad. In. Laterza, Bari, 1965.

_____. **Hegel**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz e Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HELLER, Hermamn**. Teoría del Estado**. Tradução de Luis Tobío. Buenos Aires: Fondo de cultura econômica da Argentina, 1992.

HERNÁNDEZ, Andrés. Introducción. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

_____. El pensamiento republicano frente a los déficit de la democracia liberal. in: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1991.

_____. **Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1998.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Martins Fontes, 1994.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **O problema da Justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KINZO, Maria D'Alva Gil. **Os clássicos da política**. WEFFORT, Francisco C. (Org.). São Paulo: Ática, 1993. v. 2.

KURZ, Robert. A nova simultaneidade histórica. **Folha de São Paulo**. Caderno Mais, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

_____. **O que é uma Constituição.** Tradução de Leandro Farina. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

LERCHE, Peter. **Ubermass und Verfassungstecht.** 2. ed. Goldbach, Kelp Verlag, 1999.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o Lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentaiscomo limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft.** Frankfurt sobre o meno: Suhrkamp, 2000.

MADISON, James. O tamanho e as diversidades da união como um obstáculo às facções. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. A separação de poderes - I. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. A separação de poderes - II. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. Os Juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel, 2003.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARRAFON, Marco Aurélio. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Mandacaru, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data'.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas**.** In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América jurídica, 2002.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MÉNDEZ, Manuel Toscano. Capital social y virtud cívica. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo: RT, 1967. t.I.

_____. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo: RT, 1968. t.V.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t.II.

_____. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril cultural, 1979.

MORAES, Sílvio Roberto de Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Lei Complementar nº. 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira**. Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES FILHO, José Filomeno de. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o Lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. Que grau de exclusão ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre.** Tradução de Peter Naumann, Porto Alegre: Unidade editorial da Secretaria de Cultura, ed. especial, out. 2000.

_____. **Quem é o povo?**A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Milenium, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Entre Têmis e leviatã:** uma relação difícil**.** Tradução do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira de**. Corcundas e constitucionais –** A cultura política da independência. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NUNES, José António Avelãs. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática da fisosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Manuais de Legislação Atlas. São Paulo: Atlas, 1994.

PIMENTA, Marília Gonçalves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. In: ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**: Retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Itatiaia/Usp, 1987. t.II.

QUINTANA, Oscar Mejía. Tribunal constitucional, desobendiencia civil y democracia deliberativa. El paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano. In: HERNÁNDEZ, Andrés. Introducción. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.).**Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** Tradução de Dinah de Abreu Azevedo 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria do Estado e do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RENTERÍA, Adrián. **Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad**. México: Fontamara, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. Independência do juiz e estrutura do Judiciário. In: CARVALHO, Amilton Bueno (Org.). **Revista de direito alternativo**, n.2, São Paulo: Acadêmica, p.137-149, 1993.

_____.**Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSS, Alf**. Hacia una ciencia realista del derecho.** Crítica del dualismo en el derecho. Traducción de Julio Barboza. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas. Discurso sobre as ciências e as artes. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril cultural, 1973.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e legitimação. In: FARIA, José Eduardo (Org.).**Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SADEK, Maria Tereza. Controle externo do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ, Fabián Acosta. La creación multitudinária de lo político. De la gobernabilidad a la ontología de la democracia. In: HERNÁNDEZ, Andrés. Introducción. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa** – Qu'est-ce que le Tiers État?. Tradução de Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAILBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o Lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**: Constituição, cidadania, violência: A Lei nº9. 296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Sobre a videoconferência realizada com o Prof. J.J.Gomes Canotilho, conforme ordem de intervenção. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**: O conselho de planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003.

UCHOA, Marcelo Ribeiro. **Controle do Judiciário**: da expectativa à concretização (o primeiro biênio do Conselho Nacional de Justiça). Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2007, 207p. Dissertação (mestrado em Direito), Universidade de Fortaleza, 2007

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia.** São Paulo: Malheiros, 1998

_____. **Teoria das normas jurídicas**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WRIGHT, Eric Olin; FUNG, Archon. Experimentos en democracia deliberative: una introducción**.** Traducción de Jesús MENA. In: HERNÁNDEZ, Andrés (Comp.). **Republicanismo contemporâneo:** igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derecho, justicia. Traducción de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

LEGISLAÇÕES CITADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emendas Constitucionais nº.1/92 a 52/2006 e pela Emendas Constitucionais de Revisão nº. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____.Lei nº. 1.060, de 5.2.1950. Estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 nov. 2007.

_____.Lei Complementar Federal nº. 80, de 2004, de 12.1.1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal, e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2007.

_____.Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2007.

_____.Lei nº. 8.953, de 13.12.1994, que altera o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil é a Lei nº. 5.869, de 11.1.1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____.Lei nº. 11.441, de 04.1.2007, que altera dispositivos da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2007.

_____.Lei nº. 11.448, de 15.01.2007. Altera o art.5º da Lei nº. 7.347/85, conferindo legitimidade a Defensoria Pública para propor ação civil pública. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2007.

_____.Lei nº. 11.449/2007. Altera o art. 306 do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3.10.1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2007.

OAB. Disponível em: <www.oabms.org.br>. Acesso em: 22 nov. 2007.