

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

ANDRÉ FELIPE STRÄTZ BAMPI

**O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DOS DIÁLOGOS
INTERINSTITUCIONAIS:
O potencial normativo das teorias dialógicas no Brasil**

**São Leopoldo
2019**

ANDRÉ FELIPE STRÄTZ BAMPI

**O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DOS DIÁLOGOS
INTERINSTITUCIONAIS:
O potencial normativo das teorias dialógicas no Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari

São Leopoldo

2019

RESUMO

O objetivo da pesquisa é analisar o potencial normativo das teorias dos diálogos interinstitucionais no Brasil. Para tanto, a despeito de reconhecer a expansão do papel do Judiciário nas democracias constitucionais como fenômeno global, questiona-se a ideia de última palavra sobre o sentido da constituição como atribuição decorrente do *judicial review*. Busca-se no pensamento político-ocidental, predominantemente pelos ensinamentos de Aristóteles, Montesquieu e Locke, os fundamentos políticos e filosóficos para a separação dos poderes (obra dos modernos), considerada uma das balizas para limitar o poder. Também é analisado o modo como foi incorporada a doutrina da separação dos poderes no constitucionalismo moderno, notadamente na Inglaterra, França e Estados Unidos, com algumas repercussões na relação entre os poderes, tecendo considerações sobre a recepção no Brasil. Percebe-se, então, a tese da supremacia judicial no Brasil como mantida teórica e institucionalmente, não havendo lastro constitucional para tanto. Entre os elementos da supremacia, está a concessão ao STF da autoridade de conferir a última palavra sobre a constituição (e ao direito, em última análise). Por fim, considera-se o potencial normativo das teorias dialógicas como alternativa à ideia de última palavra, adotando a classificação proposta por Christine Bateup. Como resultado da pesquisa, a despeito da atratividade da teoria, que abre uma porta para a responsabilidade interpretativa a ser compartilhada por todos, pode-se afirmar que ela é insuficiente para responder às questões de legitimidade interna da decisão. O método adotado na abordagem foi o hermenêutico-fenomenológico.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Constituição. Diálogos Interinstitucionais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO ESTADO LIBERAL: LIMITES AO PODER ESTATAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES	9
2.1 Fundamentos Políticos e Filosóficos para a Separação dos Poderes: Aristóteles, Locke e Montesquieu	12
2.2 A Separação dos Poderes no Rastro do Constitucionalismo Moderno	29
2.3 O Desequilíbrio da Separação dos Poderes: a Supremacia Judicial	35
2.4 Conclusão Parcial	39
3 DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS: UMA EXPOSIÇÃO TEÓRICA	42
3.1 Teorias do Método Judicial	44
3.1.1 Teoria do Aconselhamento Judicial.....	45
3.1.2 Teorias Centradas no Processo	47
3.1.3 Minimalismo Judicial.....	50
3.2 Teorias Estruturais do Diálogo	56
3.2.1 Teoria da Construção Coordenada	57
3.2.2 Teoria dos Princípios Jurídicos	59
3.2.3 Teorias do Equilíbrio	61
3.2.4 Teorias da Parceria	66
3.2.5 Teoria da Fusão Dialógica.....	68
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Teoria constitucional é, sobretudo, uma investigação sobre o constitucionalismo.¹ Geralmente, reconhece-se a necessidade de teorias quando os pressupostos de determinadas práticas são superados ou postos em xeque.² No âmbito do direito constitucional, especificamente em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade, os pressupostos relacionados ao controle como manifestação da última palavra são, de tempos em tempos, submetidos a críticas nos mais diferentes contextos e áreas do conhecimento, alegando-se, entre outras questões, a dificuldade contramajoritária do instituto;³ a supremacia judicial;⁴ o desequilíbrio entre os poderes; a ausência de uma teoria da decisão judicial consolidada nos tribunais que permita, com relativa segurança, dar respostas

¹“Constitutional theory is not, for example, dependent on Supreme Court decisions to set its agenda. Nor is constitutional theory primarily an aspect of legal or political philosophy. Constitutional theory is an inquiry of the middle range and is first and foremost about constitutionalism, a distinctive political practice that deserves closer study than it has so far received.” GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. X.

² GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 3.

³ “The root difficulty is that judicial review is a countermajoritarian force in our system. [...] judicial review is undemocratic.” BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 16-17. Para uma exposição histórica relacionada à dificuldade contramajoritária do controle jurisdicional de constitucionalidade, veja: FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: the road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, New York, v. 73:333, n. 2, 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=60449>>. Acesso em: 28 de março de 2019. A preocupação com a dificuldade contramajoritária é reiteradamente abordada na literatura especializada: “Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble.” ACKERMAN, Bruce A. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 93:1013, n. 6, art. 5, p. 1016, 1984. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol93/iss6/5>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

⁴ Algumas reflexões epistemológicas desvelam a complexidade do assunto: “[Q]ual o sentido de supremacia judicial? O que significa afirmar a existência de um discurso que torna a supremacia judicial um conceito naturalizado às atribuições jurisdicionais? Qual o papel dos poderes eleitos na construção da supremacia judicial? Como o modo de pensar a relação direito e política influencia na concessão de supremacia ao judiciário? Quais as implicações e consequências do reconhecimento de que a supremacia judicial é construída pela dinâmica da relação direito-política? Quais os problemas democráticos decorrentes da afirmação da supremacia judicial?”. TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

constitucionalmente adequadas (jurídicas, portanto) aos pleitos de toda ordem; os efeitos decorrentes das decisões jurisdicionais de controle de constitucionalidade.⁵

Os problemas em reconhecer na jurisdição constitucional a atividade estatal predestinada a conferir a última palavra sobre o sentido da constituição são inúmeros e observados em escala global. Basta constatar a adoção generalizada de constituições rígidas e de controles de constitucionalidade pelo mundo, sobretudo no pós Segunda Guerra, dando azo à concentração de poder pelo Judiciário, que passou a exercer a revisão judicial da legislação e dos atos administrativos, inclusive em países onde esse controle era rejeitado ou restringido.⁶ Esse contexto evidenciase com a queda de regimes autoritários pelo mundo; a adoção de constituições democráticas; a constitucionalização de conjunto amplo de direitos e garantias fundamentais de natureza individual e coletiva, de normas e valores que vinculam e inspiram a conduta do estado e da sociedade ao cumprimento das promessas de modernidade; a criação e o fortalecendo de instituições para a garantia do Estado de Direito e do regime democrático. A expansão da atuação do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas é considerada um fenômeno global.⁷

No Brasil o fenômeno está atrelado à promulgação da Constituição Federal de 1988, que restituiu o regime democrático no País e redefiniu as relações entre os poderes e a sociedade. Isso porque a Constituição, além de instituir um Estado Democrático de Direito com base em valores, fundamentos, objetivos e princípios constitucionais, consagrou ampla lista de direitos e garantias fundamentais. Além de reestruturar instituições estatais, como o Ministério Público, reforçou o papel do cidadão e das organizações da sociedade civil na defesa da ordem constitucional. Em relação ao controle de constitucionalidade, legitimou a propositura da reclamação por parte de grupos organizados da sociedade civil. Com isso,

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2017.

⁶ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: GOODIN, Robert E. (General Editor); WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford Handbooks of Political Science**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.; KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, Jonh C. Introduction: Constitutional dialogues in comparative perspective. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, Jonh C. **Constitutional dialogues in comparative perspective**. Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, 1999. p. 1.

⁷ Para uma visão global do fenômeno: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995.

inaugurou-se “um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas”.⁸

Evidencia-se nesse cenário, que não é exclusivo ao contexto brasileiro, um papel redimensionado do Poder Judiciário, que passou a ser demandado de modo inédito, tornando-se um fórum crucial para a resolução das questões mais fundamentais, intervindo decisivamente na vida política, na vida internacional, na vida econômica, na vida moral.⁹ Há de se reconhecer que tais circunstâncias potencializam os riscos de uma concepção de jurisdição constitucional centrada na ideia de última palavra, sobretudo diante de decisões questionáveis (para não dizer ilegítimas) do poder judiciário nas democracias contemporâneas.

Alternativamente às concepções de jurisdição constitucional como expressão da última palavra, surge a ideia de “diálogo constitucional”. O termo é geralmente usado na teoria constitucional para retratar a natureza das interações entre as cortes e os ramos políticos do governo na tomada de decisão constitucional.¹⁰ A expressão popularizou-se no contexto canadense a partir da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a qual engendrou uma dinâmica interinstitucional entre os poderes que afasta a ideia de jurisdição constitucional como a última palavra sobre o sentido da constituição.¹¹ Mas as reflexões sobre diálogos no controle de constitucionalidade não se restringem a terras canadenses. No Brasil, a teoria dos diálogos institucionais vem aparecendo em julgamentos do Supremo Tribunal Federal.¹²

⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17.

⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24-25.

¹⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1109, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹¹ Notabiliza-se, entre os dispositivos da Carta Canadense, a *section 33*, conhecida como *the power of legislative override*, instrumento de uso excepcional por meio do qual o poder legislativo pode superar a decisão judicial que considerou a norma legal contrária à constituição. Ela também é conhecida como a *notwithstanding clause*. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. The Charter of Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, p. 80-84, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹² Destacam-se os excertos de duas ementas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as ADIs 4.650 e 5.105, ambas de relatoria do ministro Luiz Fux: “PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA.” (ADI 4.650); “TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO

Assim, com vistas a minimizar ou superar inconvenientes da jurisdição de última palavra sobre o sentido da constituição, pretende-se explorar o potencial normativo das teorias dos diálogos constitucionais e possíveis desdobramentos no contexto brasileiro. Adotando o método fenomenológico-hermenêutico, indaga-se a origem histórica das funções tradicionais do Estado, forjadas, sobretudo, a partir do constitucionalismo moderno,¹³ notadamente a partir da sucessão do Estado absolutista para o Estado liberal, ocasião na qual o princípio da separação dos poderes foi consagrado. Tal princípio, hodiernamente, é evocado como fundamento tanto para atacar quanto defender diferentes aspectos relacionados ao modo como o controle de constitucionalidade é, ou deveria ser, exercido.

Nesse sentido, supõe-se que analisar a teoria da separação dos poderes através de uma exposição histórica do constitucionalismo, a partir de meados do século XVII, permite vislumbrar os fundamentos político-filóficos incorporados nas práticas constitucionais de alguns estados e as respectivas condições de possibilidade para um controle de constitucionalidade dialógico num Estado Democrático de Direito. É importante esclarecer que – sem negar a pertinência da abordagem histórica da separação dos poderes, confrontando teorias e práticas

REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES.” (ADI 5.105).

¹³ Horst Dippel afirma que os princípios elementares do constitucionalismo moderno apareceram pela primeira vez, todos eles, na *Virginia Declaration of Rights*. São eles: “los principios de la soberanía popular, el anclaje de la constitución en principios universales, una declaración de derechos, gobierno limitado, y la consideración de la constitución como la ley suprema. Estos cinco fundamentos condicionaron otros cinco principios con el objeto de hacer a la constitución funcionar de acuerdo a las metas del constitucionalismo moderno: gobierno representativo para ampliar su legitimidad y para prevenir el gobierno aristocrático y la corrupción; la separación de los poderes de acuerdo a Montesquieu, para excluir toda concentración tiránica del poder; la exigencia de responsabilidad política y de un gobierno responsable, para controlar el poder; independencia judicial para que la ley prevaleciera por sobre el poder y perdurara; y un procedimiento ordenado de reforma de la constitución ante el simple paso del tiempo o para corregir errores u omisiones, con la participación del pueblo o de sus representantes, mientras que se previenen alteraciones arbitrarias o pobremente pensadas.” DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Introducción a una historia que necesita ser escrita. **Red. Revista Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal**, Oviedo, Historia Constitucional, n. 6, p. 181-199, set. 2005. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027572008>>. Acesso em: 20 abril, 2018. Em contrapartida, Manoel Gonçalves Ferreira Filho confere sentido estrito à idéia de constitucionalismo, asseverando que, em essência, “tem por objetivo assegurar os direitos fundamentais contra o Poder”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89. Livro eletrônico.

situadas no tempo e no espaço, a fim de colher alguns aspectos que forjam a cultura político-jurídica ocidental em torno do controle de constitucionalidade e que possam fundamentar um modelo de jurisdição compatível com as teorias do diálogo constitucional ou interinstitucional – o resultado de qualquer exposição histórica retrata apenas os aspectos mais nucleares do constitucionalismo. Mesmo em relação a isso, eles devem ser concebidos como manifestações mais ou menos evidentes em determinado período e lugar.¹⁴

Movido pela pergunta-problema “qual o potencial normativo das teorias dialógicas no contexto de supremacia judicial no Brasil?”, a partir dos objetivos já propostos desde o início desta introdução, o roteiro adotado para este estudo dividiu-se basicamente em dois capítulos. A hipótese que estrutura sua redação consiste em suscitar, simultaneamente, a atratividade das teorias dialógicas (porque aproxima as instituições, compartilhando responsabilidades) e sua insuficiência (no que diz respeito ao potencial normativo), na medida em que a legitimidade interna da decisão judicial (sob quais critérios de materialidade ela é tomada) não constitui o objeto de suas preocupações.

Assim, na primeira parte, a teoria da separação dos poderes é o objeto central da análise. Nela, serão identificados as origens e o contexto em que a teoria surge; os fundamentos político-filosóficos que a fundamentam, passando por Aristóteles, John Locke e Montesquieu; a repercussão prática e suas contradições no âmbito do constitucionalismo moderno, com enfoque no contexto francês, norte-americano e inglês, sem descuidar de algumas especificidades do contexto brasileiro; o desequilíbrio entre os poderes e a posição lograda pelo judiciário.

O segundo momento, por sua vez, reserva-se à análise das teorias dos diálogos constitucionais em espécie, usando como parâmetro a classificação proposta por Christine Bateup. Por fim, considera-se o potencial normativo das teorias dos diálogos constitucionais para responder aos problemas atuais em torno da jurisdição constitucional como expressão da última palavra. Em ambos os momentos, a metodologia de construção do texto está amparada na tradição fenomenológica-hermenêutica, que se move pelo processo de desconstrução e construção dos sentidos legados pela tradição.

¹⁴ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. 1. ed. rev. New York: Cornell University Press, 1947. p. VII.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO ESTADO LIBERAL: LIMITES AO PODER ESTATAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O constitucionalismo, em sentido amplo, pode ser concebido como uma “corrente de pensamento” destinada à consecução de finalidades políticas concretas, fundamentalmente com a limitação dos poderes públicos e com a consolidação de esferas de autonomia garantidas por normas.¹⁵ Em outras palavras, entende-se por constitucionalismo o “conjunto de doutrinas” que intentaram, sobretudo a partir de meados do século XVII, recuperar o aspecto de limite e garantia da constituição.¹⁶

Nesse contexto, procura-se romper com uma forma específica de exercício do poder, percebido pelos círculos liberais da época como ilimitado, pleno, arbitrário, incompatível com os ideais de liberdade defendidos por eles. O termo-conceito que designa essa situação de pleno poder é *absolutismo*. Termo esse que, talvez surgido no século XVIII, passa a designar, “sob a aparência de um fenômeno único ou pelo menos unitário”, diferentes fatos ou categorias da experiência política, ora para condenar os “métodos de Governo autoritário em defesa dos princípios liberais”; ora, contrariamente, para defender a inexorabilidade e conveniência, quando não a necessidade, do “sistema monocrático e centralizado para o bom funcionamento de uma unidade política moderna”.¹⁷ Aprofundando a análise no plano histórico-constitucional, relaciona-se o *absolutismo* a uma forma histórica de organização do poder que diz respeito ao “espaço cultural do Ocidente europeu,¹⁸ no período histórico da Idade Moderna¹⁹ e na forma institucional do Estado moderno.^{20,21}

¹⁵ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**. Experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014. p. 17.

¹⁶ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001. p. 85.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1.

¹⁸ Assim mantém-se distância “da experiência oriental e eslava do despotismo cesaropapista”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1.

¹⁹ Diferencia-se, desse modo, “a organização ‘absolutista’ do poder” do “sistema político feudal anterior e da antiga sociedade por camadas”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 2.

²⁰ Com isso, evidenciam-se “os contornos concretos que o Absolutismo assumiu como ‘forma’ histórica de poder.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1.

Em contestação ao então Estado absolutista, são propostos alguns “remédios” no intuito de limitar o poder estatal. Analiticamente, é possível agrupar as teorias voltadas a conter o poder em três grandes grupos: 1) teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo – um limite externo ao poder do Estado; 2) teorias da separação dos poderes – representam um limite interno, de organização; 3) teorias da soberania popular ou democracia – buscam alterar a titularidade do poder, conferindo-a aos cidadãos, e promover a participação de todos.²²

Essa luta constitucional do século XVII entre *absolutismo* e *liberdade*, atrelada ao constitucionalismo moderno, não é tão simples quanto pode parecer. Nesse aspecto, Charles Howard McIlwain traduz essa tensão em outros termos, como corolário da antiga distinção entre *jurisdictio* e *gubernaculum*.²³ Isso não quer dizer que as proposições teóricas sobre a separação dos poderes sejam uma reprodução em outros termos dessa antiga distinção. Isso porque, também para McIlwain, a teoria da separação dos poderes é uma invenção da imaginação dos doutrinários do constitucionalismo moderno.²⁴ Desse modo, coincide a classificação de Bobbio, que situa a teoria da separação dos poderes no contexto do absolutismo (um antídoto a este), com a proposição de McIlwain, de que essa invenção é dos modernos. Importa, portanto, não confundir separação dos poderes com limitação dos poderes. Limitação dos poderes existe desde os tempos antigos.²⁵

A separação dos poderes corresponde a um grupo de doutrinas que propõe limitar o poder estatal do Estado absoluto por meio da divisão vertical e organização interna do poder, a fim de garantir a liberdade dos indivíduos. Preliminarmente, o termo “separação” dos poderes é um tanto quanto genérico. Pode-se ler, por exemplo, o termo “separação” dos poderes como antônimo de “concentração” dos

²² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 21-27.

²³ "The constitutional struggle of the seventeenth century was not as simple as the histories would sometimes make it. It was no clear-cut issue between despotism and freedom. Sir Robert Heath, because he upheld the King's impositions, was no mere absolutist; nor were his opponents antimonarchists or enemies of settled and orderly government. The key to this difficulty remains the old distinction between *jurisdictio* and *gubernaculum* that we have met with before, and it is a key that has been too sparingly used." McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University, 1947. p. 128-129.

²⁴ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University, 1947. p. 141-142.

²⁵ "In Rome, where checks and balances might be said to have had their origin, they marked the antagonism of class against class. The plebeian tribune could block any action of the patrician consul. The expedient itself is just about as healthful a procedure in a modern state as the class division out of which it originally arose and through which it persists." McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University, 1947. p. 142.

poderes. A concentração dos poderes é defendida, entre outros, por Hobbes, segundo o qual o poder é indivisível, e separar o indivisível é dissolvê-lo.²⁶ Mas esse sentido negativo de separação, como antônimo de concentração, é insuficiente.

Uma vez dividida a unidade do poder, é preciso, além de estipular quais são as partes resultantes da divisão, estabelecer quais são suas relações mútuas. Para o segundo problema, de interrelação das partes advindas da separação, surgem duas soluções possíveis: ou a coordenação entre os poderes ou a subordinação de um sobre o outro. A segunda opção, subordinação, poderia ser abstratamente resolvida a depender de qual poder é considerado o poder supremo – o legislativo, o judiciário, o executivo²⁷ ou o povo/sociedade?²⁸ Uma resposta descontextualizada poderia valer-se de qualquer opção e estaria solucionado o problema. Para evitar respostas precipitadas, uma abordagem teórica consistente deve ser considerada em sua relação com o contexto no qual ela é elaborada. Teologicamente consideradas, as teorias da separação dos poderes visam, fundamentalmente, garantir a liberdade.

Traçado esse panorama de fundo sobre questão, que a situa, ainda que minimamente, passa-se a considerar as proposições teóricas sobre a separação dos poderes. Certamente, não foram poucos os que de algum modo contribuíram com o desenvolvimento da teoria. Por essa razão (impossibilidade de abordar todos e necessidade de abordar algum), optou-se por analisar os fundamentos político-filosóficos das teorias que ganharam maior repercussão e influíram de modo incontestado na formação da cultura político-jurídica de grande parte dos Estados Constitucionais da atualidade.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 199-200.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 200.

²⁸ Atualmente tem-se defendido a autoridade do povo para resolver as questões constitucionais. Essa corrente de pensamento é bem representada pelo norte-americano Larry D. Kramer. Segundo ele, a história do direito constitucional nos Estados Unidos, desde os primórdios, retrata a tensão entre dois princípios: o constitucionalismo popular e o constitucionalismo legal. Aquele teria dominado a maior parte da história norte-americana. O constitucionalismo popular, propugnado por Kramer, atribui ao povo a autoridade para o controle ativo e permanente sobre a interpretação da constituição; sucedendo o primeiro, o constitucionalismo legal teria deslocado essa autoridade ao judiciário. KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, Berkeley, v. 92. p. 959-1011. 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1/>>. Acesso em: 28 fev. 2018. Para uma abordagem minuciosa sobre o tema: KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

2.1 Fundamentos Políticos e Filosóficos para a Separação dos Poderes: Aristóteles, Locke e Montesquieu

Aristóteles não é propriamente um teórico da separação dos poderes. Como visto, tais teorizações são obra dos modernos. Entretanto, há de se reconhecer a notória influência de Aristóteles na formação da cultura ocidental de modo geral e, em especial, para a filosofia e para política. Assim, fixando alguns parâmetros para a análise das teorias da separação dos poderes de John Locke e Montesquieu, vislumbra-se a pertinência em apreciar alguns dos pressupostos e classificações aristotélicas no que tange à organização da vida em sociedade. Entre as diversas obras do autor, escolheu-se analisar basicamente *A Política*, pela riqueza de conteúdo e pertinência temática. Nela se encontram as proposições do autor sobre a origem da sociedade.

O fio condutor de suas considerações passa pela ideia de *natureza*. Aristóteles justifica a formação natural da sociedade - a essência humana é o catalizador desse processo de agremiação. A concepção de Aristóteles sobre a natureza humana é clara: “o homem é um animal cívico”, “naturalmente feito para a sociedade política”.²⁹ A origem da associação humana é natural. Como um organismo vivo, composto por elementos funcionais estabilizadores, a sociedade política (representada pelo corpo) antecede as partes que a integram; os membros, por sua vez, distintos pelos poderes e funções que exercem, são inúteis quando desarticulados do corpo político-social.³⁰ Prevalece o *todo* em benefício das *partes*.³¹ A finalidade pela qual se formam as sociedades civis é viabilizar não apenas que os homens vivam juntos, mas que vivam bem.³²

Por um processo de decomposição da sociedade, Aristóteles identifica os elementos que a formam, a começar pelo grupo familiar – onde vige o poder doméstico, investido pelo homem sobre os demais membros, seja no papel de marido, pai ou senhor dos seus escravos – até a formação e manutenção da cidade,

²⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4-6; 53.

³⁰ “[N]enhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

³¹ “O que convém ao todo convém também à parte”. ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16.

³² ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

da sociedade civil e do governo.³³ O aparente propósito de considerar analiticamente a sociedade, desde o núcleo mínimo até o governo, é identificar as condições naturais para a sua mútua conservação.³⁴ Em outras palavras, manter unida e desenvolver a comunidade política por meio de formas ideais passa pela observação, identificação e respeito à condição natural dos membros do corpo social. Destacam-se o aspecto distintivo e funcional dos membros da sociedade.

Como a sociedade civil, segundo Aristóteles, é composta pela universalidade dos cidadãos (seus membros), importa mencionar o critério de cidadania referido por ele. Cidadão propriamente dito é aquele que tem “direito de voto nas Assembléias e de participação no exercício do poder público”.³⁵ Por isso Aristóteles esclarece que a definição de cidadão é variável, “susceptível de maior ou menor extensão, conforme o gênero do governo”.³⁶ Considera-se o governo como sendo “o exercício do poder supremo do Estado”.³⁷

A classificação proposta para as formas de governo deriva de dois critérios fundamentais, que diz respeito a “quem” governa e “como” governa.³⁸ Pelo primeiro critério, distinguem-se as formas de governos de acordo com o número de pessoas em relação às quais o governo é confiado. Pelo segundo, as formas de governo podem ser puras (sãs, intactas) ou desviadas (corrompidas, degeneradas).³⁹ A composição dos critérios acima mencionados resulta na teoria das seis formas de governo:⁴⁰ as formas puras são, quando o governo é confiado a um só, a poucos ou

³³ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁴ Uma das várias passagens que simboliza a primazia da natureza para o bom funcionamento da vida em sociedade vê-se aqui: “É para a mútua conservação que a natureza deu a um o comando e impôs a submissão ao outro. Pertence também ao desígnio da natureza que comande quem pode, por sua inteligência, tudo prover e, pelo contrário, que obedeça quem não possa contribuir para a prosperidade comum a não ser pelo trabalho de seu corpo. Esta partilha é salutar para o senhor e para o escravo.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

³⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 42.

³⁶ Embora aponte a relatividade do conceito de cidadão, Aristóteles propõe algumas distinções nas quais se observa a aplicabilidade do critério do direito de voto e participação no contexto da época, permitindo algumas classificações. Assim, por exemplo, distingue-se habitante de cidadão: estrangeiros e escravos são habitantes, não cidadãos. Também o cidadão puro, que não encontra restrições para exercer a função cívica nem modificação de sua condição, daqueles com restrição ou que tiveram modificação do status, como acontece em relação às crianças (cidadãos em esperança ou imperfeitos), aos velhos decrepitos, aos infames e aos banidos (cidadãos rejeitados pela sua condição). ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 41-46.

³⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 56.

³⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43;105-106.

⁴⁰ Adverte-se que se trata de uma exposição simplificada. A título ilustrativo, quando Aristóteles explica sobre a monarquia, faz questão de dizer que há várias espécies dessa forma de governo: “Devemos dizer, inicialmente, se só há uma espécie de monarquia ou se há várias. Que haja

a uma multidão, respectivamente, monarquia, aristocracia e república. Quanto às versões degeneradas: da monarquia é a tirania; da aristocracia, a oligarquia; e da república, a democracia. Conforme ensina Bobbio a partir da leitura de *A Política* e também de *Ética a Nicômaco*, é possível hierarquizar as seis formas de governo, da melhor a pior: monarquia, aristocracia, república, democracia, oligarquia, tirania.⁴¹

As formas puras distinguem-se das degeneradas, fundamentalmente, por estarem voltadas ao interesse público. Quando se corrompem, visam outros interesses: a tirania objetiva o interesse do monarca; a oligarquia, o interesse dos ricos; a democracia, o interesse dos pobres.⁴² Para o interesse público importa equilibrar os diferentes interesses de cada grupo social, sob pena de degenerar as boas formas de governo. Assim, “não é o consenso ou a força, a legalidade ou ilegalidade, mas sobretudo o interesse comum ou o interesse pessoal” o critério que distingue as formas boas de governo das más.⁴³

É possível que da mistura das formas de governo resulte outra forma ainda melhor do que aquelas que lhe deram origem. Inclusive, existe a crença de que a melhor forma de governo reuniria as características de mais de uma forma.⁴⁴ A combinação entre formas de governo caracteriza-o como governo misto, um amálgama de mais de uma forma de governo. Aristóteles, ao discorrer sobre a república, propugna que ela resulta da conciliação de dois regimes degenerados: a oligarquia e a democracia.⁴⁵ Tal governo misto é capaz de conciliar os antagonismos das formas de governo degeneradas encontrando um ponto de equilíbrio, considerando “ao mesmo tempo os ricos e os pobres, a opulência e a liberdade”.⁴⁶ A “fusão” entre as formas de governo tem como princípio inspirador a “mediação” – “ideal de toda a ética aristotélica, fundamentado [...] no valor eminentemente positivo

muitas e nem todas se pareçam é algo muito fácil de observar.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 109.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 57-58.

⁴² ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.105-126.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 58.

⁴⁴ “Alguns pensam que a melhor Constituição é a que se compõe de todas as outras, e por esta razão louvam a da Lacedemônia, uma mistura de oligarquia, de monarquia e de democracia, sendo o primeiro destes poderes exercido pelo Senado, o segundo pelo rei e o terceiro pelos éforos, e situam a democracia nas refeições públicas e na vida comum e cotidiana. As leis de Platão consideram como a mais excelente Constituição um governo misto de tirania e de democracia, formas que ninguém julga ser as de um verdadeiro governo, ou então considera como a pior de todas. São mais sensatos os que misturam todas as formas. De fato, a melhor é a que reúne todas as demais.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 273.

⁴⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 113.

⁴⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 114.

do que está no meio, situado entre dois extremos.”⁴⁷ Vê-se que “[o] equilíbrio aristotélico é social; ele só é institucional se é previamente social”, isso porque “[a] superação do antagonismo entre as duas partes em conflito [...] acontece – quando acontece – na sociedade, por meio da formação de uma forte classe média com interesse [...] na estabilidade.”⁴⁸

O ideal de Aristóteles determina a sua concepção de vida feliz. A pedra angular de uma vida feliz “consiste no livre exercício da virtude, e a virtude na mediana; segue-se necessariamente daí que a melhor vida deve ser a vida média, encerrada nos limites de uma abastança que todos possam conseguir”.⁴⁹ Constatase também a ideia de interesse comum em “que todos possam conseguir”. Trata-se de um pressuposto para alcançar a felicidade geral. A felicidade da sociedade civil e dos seus membros tem a mesma fonte, uma vida ativa, no sentido de voltada à formação de pessoas honestas e virtuosas. Como a sociedade de Aristóteles caracteriza-se pela distinção entre as pessoas, seja no seio da família (governo doméstico)⁵⁰ ou da sociedade civil, a cada membro corresponde uma virtude própria à sua classe e respectiva função. A virtude específica daquele que comanda é a prudência.⁵¹

A virtude prudente daquele que governa é requisito para assegurar o equilíbrio necessário à estabilidade da organização social, observada a disposição natural de cada povo.⁵² Sem adentrar no mérito sobre a adequação de determinado governo a um povo específico, que para Aristóteles depende de diversos fatores (como clima, região, território), importa registrar que ele identifica a existência de “três poderes essenciais” em qualquer governo, cabendo ao “legislador prudente” acomodá-los “da maneira mais conveniente. [...] [Q]uando estas três partes estão

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 62.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 71.

⁴⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.187.

⁵⁰ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33-37.

⁵¹ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 35;51.

⁵² “No que diz respeito à arte política, deve-se considerar não apenas qual é o melhor governo, aquele que se deve preferir quando nenhum obstáculo exterior se opõe, mas também aquele que convém a cada povo, pois nem todos são suscetíveis do melhor. [...] Cada povo recebeu da natureza certas disposições e a diferença dos caracteres é facilmente reconhecível se observarmos os mais famosos Estados da Grécia e as diversas partes do mundo inteiro.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.145-146.

bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.”⁵³

Os três poderes identificados por Aristóteles são o deliberativo, o executivo e o judiciário. O primeiro “delibera sobre os negócios do estado”; o segundo compreende os poderes agir e cumprir suas atribuições; “o terceiro abrange os cargos de jurisdição”.⁵⁴ É provável que a referência à tripartição apresentada por Aristóteles tenha induzido muitos a considerá-lo um teórico da separação dos poderes. No entanto, conforme acima aludido, não se trata disso. Isso porque, quando Aristóteles passa a dispor sobre as atribuições e a quem compete cada função do governo, não o fez no intuito de dividir o poder único do governo, e sim o contrário, estava mais preocupado em compor a unidade de poder pelas diversas classes que compõem a sociedade, cujo resultado da composição determina a forma de governo.⁵⁵

Assim, a abordagem feita sobre separação dos poderes e os contributos teóricos de Aristóteles se limita a estabelecer pressupostos embrionários do pensamento político sobre o tema. Não obstante a contribuição de muitos pensadores com o desenvolvimento da doutrina sobre a separação dos poderes, considera-se que poucos conferiram formulações teóricas tão influentes nas revoluções dos séculos XVII e XVIII quanto John Locke (1632-1704) e Montesquieu⁵⁶ (1689-1755), cujo alcance se faz presente ainda hoje nos estados contemporâneos.

John Locke é um pensador moderno que obteve grande prestígio com sua filosofia política liberal.⁵⁷ Considerando a condição natural de liberdade, igualdade e

⁵³ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127.

⁵⁵ Em sentido análogo: BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 71; 111-115; 135-137.

⁵⁶ Além de Montesquieu, que logrou a condição de teórico com maior notoriedade no tema, e Locke, muitos outros, de ambos os lados do Atlântico, abordaram o assunto: “Nedham, [...], Bolingbroke [...], Blackstone, Rousseau, Siyés, Adams, Jefferson, and Madison are only some of the names associated with this debate. Their respective contributions reflected rather diverse political, constitutional, and theoretical concerns. It is therefore hardly surprising that, by the last quarter of the eighteenth century, no single doctrine using the label of separation of powers had emerged that could command general assent.” CASPER, Gerhard. An Essay in Separation of Powers: some early versions and practices. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, v. 30, n. 2, p. 213, 1989. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss2/3/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁵⁷ “Locke fue el filósofo de la revolución; sus teorías definieron los contornos esenciales de la doctrina liberal por cerca de dos centurias.” LASKI, Harold J. **El Liberalismo Europeo**. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1961. p. 91. Ver também em: VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 45-46.

independência entre homens, o autor propõe, na linha do contratualismo do período, que a origem do poder político é convencional.⁵⁸

As teses contratualistas sobre a explicação da origem do Estado e do poder político surgem nos séculos XVI a XVIII. Basicamente, explica-se o contratualismo moderno por uma sucessão de momentos: o primeiro é representado pelo estado de natureza (trata-se de hipótese lógica negativa na qual, por abstrações sobre a essência humana, especula-se como se daria a vida anteriormente à forma social e política dos homens); o segundo, pelo contrato (é o instrumento que viabiliza a passagem do estágio natural para o último); por fim, com a adesão contratual, estabelece-se o estado civil.⁵⁹

Tal tradição de pensamento parte de premissa diametralmente oposta àquela adotada por Aristóteles, que concebia a origem natural da sociedade e do poder político. Pelo contratualismo não há uma ordem natural que fundamente a origem espontânea da sociedade, cujos membros integram-se naturalmente. O que fundamenta a origem da sociedade civil é um ato de vontade.

Para Locke,⁶⁰ o estado de natureza é um estado de perfeita liberdade e igualdade, no qual apenas a lei da natureza vigora, sendo esta determinada pela razão.⁶¹ Por isso há relativa harmonia nesse estado. No estado de natureza, a liberdade de cada um encontra limites numa lei que a todos obriga – a lei da natureza, da razão, “que quer a paz e a *conservação de toda a humanidade*”. “[E]la ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses.”⁶² No estado de natureza, para impedir a violação aos direitos naturais e à própria lei, a responsabilidade por sua execução é “depositado nas mãos de cada homem, pelo que cada um tem o direito de punir os transgressores da dita lei em tal grau que impeça sua violação”.⁶³

⁵⁸ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 65-96.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30-40

⁶⁰ Além da Lockeana, há diversas versões teóricas contratualistas nas quais se apontam diferentes premissas, fundamentos e objetivos que justificariam a associação entre os homens. Destacam-se os seguintes autores e obras: Thomas Hobbes em *Leviatã* (1651); Montesquieu em *O espírito das leis* (1748); Rousseau em *O contrato social* (1762).

⁶¹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 381-384.

⁶² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 384.

⁶³ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 385.

Aquele que transgredir a lei da natureza declara-se em estado de guerra para com a humanidade, sendo legítimo a qualquer um preservá-la, punindo o transgressor. Não havendo uma autoridade comum à qual apelar para efetivamente proteger ou indenizar a violência cometida, seja por estar-se em estado de natureza ou por perversão da justiça e das leis positivadas, o estado de guerra não cessa até que “o agressor proponha a paz e deseje a reconciliação em termos tais que possam reparar quaisquer males por ele já cometidos e que assegurem o inocente no futuro”.⁶⁴ É justamente esta “a grande razão pela qual os homens se unem em sociedade e abandonam o estado de natureza”: evitar o estado de guerra.⁶⁵

Como no estado de natureza os homens são livres, iguais e independentes, havendo sobre eles nada mais que a lei da razão, somente pela concordância de cada homem se pode abdicar da própria liberdade natural para formar o Estado e a sociedade política. Enquanto ausente esse consentimento, vive-se em estado de natureza, no qual: todos podem gozar livremente os direitos e privilégios da lei da natureza; todos são igualmente dotados do poder natural de preservar sua propriedade (vida, liberdade e bens) contra as agressões e intentos dos outros homens e de julgar e punir tais violações de modo a por fim ao estado de guerra instaurado por elas.⁶⁶

A igualdade lockeana pode ser considerada algo congênito. Isso não quer dizer que o pensamento de Locke seja incompatível com a existência da desigualdade. Mas, se ela não está na essência, a desigualdade só pode ser proveniente da independência e da liberdade de escolha de cada indivíduo (homens livres e independentes). Dessa perspectiva, na linha clássica do liberalismo inaugurado por Locke, a igualdade consiste em dar igual tratamento a todos os indivíduos, em respeito à liberdade individual. Diferentemente se dá em Aristóteles, que considera a distinção essencial entre grupos humanos. Por isso, para ele, tanto a igualdade como a desigualdade são bases para o direito. A justiça consiste em conferir o mesmo tratamento àqueles que se encontram em equívoca condição/situação.⁶⁷ Daí vem a máxima da justiça aristotélica como espécie de igualdade.

⁶⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 399.

⁶⁵ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 400.

⁶⁶ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 458.

⁶⁷ “O bem é o fim de toda ciência ou arte; o maior bem é o fim da política, que supera todos os outros. O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em

A sociedade política forma-se pela renúncia à *liberdade natural* e ao correspondente poder natural de cada membro em prol do corpo político organizado, passando a liberdade a ser *liberdade em sociedade*, que consiste em não estar submetido a nenhuma lei senão aquelas promulgadas pelo poder legislativo estabelecido mediante consentimento.⁶⁸ Com o consentimento dos homens forma-se “um único corpo político, no qual a maioria tem o direito de agir e deliberar pelos demais.”⁶⁹ O juízo particular é então substituído pelo da sociedade política, por meio de uma lei comum estabelecida e de uma judicatura a qual apelar, com a finalidade de afastar a insegurança e promover a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens (propriedade em sentido *lato sensu*).⁷⁰

Da renúncia consentida ao poder originário resulta o poder derivado. Assim se dá a relação entre o poder natural e o poder civil.⁷¹ No estado de natureza, o homem tem dois poderes: o de fazer tudo que “considere oportuno para a preservação de si mesmo e de outros dentro dos limites permitidos pela *lei da natureza*” e o “*poder de castigar os crimes* cometidos contra a lei”.⁷² Da renúncia ao primeiro poder deriva o poder de fazer leis para garantir a preservação dos indivíduos da sociedade; do segundo, a força conjunta capaz de punir os infratores.⁷³ Por essa análise, como o poder derivado (civil) não pode conter nada além do que continha o poder originário (natural), sugere-se a bipartição do poder na sociedade civil em: poder legislativo e poder executivo do Estado.⁷⁴

considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre pessoas iguais. Ora, em que consistem a igualdade e a desigualdade? É o que devemos saber. A questão não é nem alheia à política, nem destituída de dificuldade. A igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 162. Entre outras referências nas quais se pode vislumbrar a máxima da igualdade aristotélica, destaca-se : “[e]ntre os semelhantes, a honestidade e a justiça consistem em que cada um tenha a sua vez. Apenas isto conserva a igualdade. A desigualdade entre iguais e as distinções entre semelhantes são contra a natureza e, por conseguinte, contra a honestidade.” ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 65.

⁶⁸ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 401-402.

⁶⁹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 469.

⁷⁰ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 458-468;494-495.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196.

⁷² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 498.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196-197. LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 498-499.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 197.

Segundo Bobbio, há outras passagens na obra de Locke, embora este autor não seja sempre claro, nas quais se confirma a posição do filósofo inglês quanto à bipartição dos poderes.⁷⁵ Ilustrativamente, Locke dispõe que, na transição do estado de natureza para a sociedade política, é instituído um juiz com autoridade para “resolver todas as controvérsias e reparar os danos que possam advir a qualquer membro dessa sociedade – juiz este que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados.”⁷⁶ No mesmo sentido, sobre o poder legislativo, sua posição e abrangência: “a autoridade legislativa, ou suprema”, está “obrigada a dispensar justiça e a decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio de leis promulgadas e fixas, e de juízes conhecidos e autorizados”.⁷⁷

Por outro lado, Locke, no cap. IX, ao dispor sobre os propósitos da sociedade política e do governo, lista as insuficiências do estado de natureza, que inviabilizam o “fim maior e principal” de conservar a propriedade.⁷⁸ As inadequações do estado de natureza são três, cujos remédios correspondem às funções do Estado: 1) falta “uma lei estabelecida, fixa e conhecida”; 2) falta “um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar as diferenças de acordo com a lei estabelecida”; 3) falta de uma força organizada para executar as sentenças do juiz contra os recalcitrantes.⁷⁹ Nesse aspecto, parece que as funções conferidas ao Estado para superar as deficiências do estado de natureza são: as de fazer leis, de julgar conflitos e de executar sentenças – funções essas que correspondem aos três poderes, legislativo, judiciário e executivo.⁸⁰

Além do exemplo acima, o capítulo XII contém outra passagem em que os poderes da sociedade política tornam-se três novamente: poder legislativo, executivo e federativo, suscitando margem para equívocos interpretativos a respeito da tripartição dos poderes.⁸¹ Ocorre que o terceiro poder, o federativo – que consiste em um poder natural do corpo político em relação ao resto da humanidade, um

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196-198.

⁷⁶ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 460.; BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 197-198.

⁷⁷ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 506-507.; BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 198.

⁷⁸ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 494-496.

⁷⁹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 495-497.; BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196.

⁸¹ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 514-517.

“poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas”⁸² – não corresponde ao poder judiciário, como seria de se esperar, e sim a uma parte do poder executivo. Inclusive Locke, após distinguir executivo e federativo, reconhece que eles estão “quase sempre unidos”, “difícilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes”.⁸³ O poder federativo diz respeito à atuação do poder coercitivo do Estado no plano externo, voltado para fora da sociedade política à qual se refere, de acordo com a clássica distinção entre ordem interna e ordem externa, entre paz social e paz internacional.⁸⁴

Talvez esses fatores tenham levado muitos a acreditarem, erradamente, que Locke é o pai da teoria da separação dos três poderes. Bobbio esclarece que, de acordo com o pensamento genuíno de Locke, o poder judiciário não é autônomo. A atividade do juiz imparcial na sociedade civil somente existe se houver leis gerais estabelecidas para todos. Assim, a função do juiz imparcial é eminentemente levada a cabo por aqueles que fazem as leis. Nesse aspecto, não há diferença qualitativa entre legisladores e juízes, eles representam diferentes aspectos do poder legislativo – os primeiros de maneira abstrata, os últimos em casos concretos.⁸⁵

Em suma, Locke fundamentalmente divide o poder, outrora indivisível, em dois: o poder legislativo e o poder executivo. Mas Locke não os coloca em pé de igualdade, não propõe o equilíbrio entre eles. Há a subordinação do segundo, o poder executivo,⁸⁶ em relação ao poder supremo, o poder legislativo.⁸⁷ Em última análise, trata-se de uma teoria da supremacia do poder legislativo,⁸⁸ doutrina que fundamenta a base dos estados parlamentares modernos.⁸⁹

⁸² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515-516.

⁸³ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 516-517.; BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 198-199.

⁸⁵ Bobbio ainda menciona outras provas textuais, além das já apresentadas, que apóiam a tese da bipartição dos poderes. BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 196-199.

⁸⁶ Sobre a subordinação do poder executivo, destaca-se o capítulo XIII, intitulado *Da subordinação dos poderes da sociedade política*, especificamente na seguinte parte: “O poder executivo, quando não estiver depositado numa pessoa que também participe do legislativo, estará visivelmente subordinado a este e a ele responde, podendo ser trocado e deslocado à vontade.” LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 521.

⁸⁷ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 500-502.

⁸⁸ Sobre a supremacia legislativa, no mesmo capítulo XIII, lê-se: “Em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o *legislativo é o poder supremo*. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior; e como o legislativo o é tão-somente pelo direito de elaborar leis para todas

O que determina a existência da sociedade civil é a superação das inconveniências do estado de natureza, notoriamente as relacionadas ao fato de cada um ser juiz em causa própria. Isso só é possível atribuindo cada poder (legislativo e executivo) a órgãos distintos. Por isso Locke considera incompatível a monarquia absoluta com a sociedade civil.⁹⁰ Essa seria a verdadeira relevância de Locke na história do constitucionalismo, segundo Fiovaranti: ter sido o primeiro a formular, de maneira clara e contundente, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto (no qual um único sujeito concentra o poder legislativo e o executivo) e poder moderado (cujos dois poderes são distintos e pertencentes a sujeitos distintos).⁹¹

Locke não particulariza as conseqüências constitucionais da subordinação do executivo ao legislativo, ele apenas aborda de modo geral que compete ao executivo garantir o cumprimento das leis e executá-las dentro dos seus limites. Quanto aos excessos no exercício do poder, Locke dispõe que “o verdadeiro remédio para a força sem autoridade é opor-lhe a força.”⁹² Fundamentalmente, com isso estabelece-se uma máxima no pensamento de Locke, o direito de resistência.⁹³ No caso de excesso por parte do executivo, ele responde perante o poder legislativo, que é o supremo. E se o excesso for do legislativo? “[C]abe *ainda ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo* quando julgar que este age contrariamente à confiança nele depositada”.⁹⁴ Em última instância, como o poder originário proveio do povo, poder este conferido para determinado fim, sempre que este fim for manifestamente maculado, cessando a confiança naqueles que exercem o poder, cabe ao povo retomar o poder conferido.⁹⁵

as partes e para cada membro da sociedade, prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução onde quer que sejam transgredidas, deve por força ser o poder supremo, e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados.” LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 519.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 200-202.

⁹⁰ Nas palavras do autor, ao se referir a um príncipe absoluto: “[S]upondo-se que ele enfeixe tudo, tanto o poder legislativo como o executivo, unicamente em si próprio, não existirá nenhum juiz nem haverá apelo algum possível para qualquer pessoa, capaz de decidir com equidade, imparcialidade e autoridade, e de cuja decisão se possa esperar alívio e reparação por qualquer injúria ou inconveniência causados pelo príncipe ou por ordem deste.” LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 461-462.

⁹¹ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001. p. 93.

⁹² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 523.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 202.

⁹⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 518.

⁹⁵ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 517-519.; BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017. p. 202.

O poder originário corresponde ao poder natural proveniente de todos os membros para a formação da sociedade política, o que permite ao respectivo povo retomar o poder conferido toda vez que, manifestamente, os poderes (legislativo e executivo) se afastarem dos fins para os quais o governo foi fundado. Não obstante, mesmo quando Locke defende a possibilidade de o povo retomar o poder conferido, dificilmente é possível sustentar que Locke defende a soberania popular.⁹⁶ A retomada do poder pelo povo só ocorre com a dissolução do governo – seja pelo abuso do poder legislativo, evidenciado pelo desprezo aos direitos dos indivíduos, seja pelo abuso do poder executivo, quando ele impede o normal funcionamento do poder legislativo ou quando arbitrariamente decide convocá-lo ou dissolvê-lo – a fim de instituir um novo governo. Efetivamente, isso não representa a força originária e inapagável que mantém viva a constituição, como é visto em Rousseau, pelo contrário: só ocorre a retomada do poder quando a constituição já não funciona, não consegue garantir os limites dos poderes derivados nem os direitos dos indivíduos.⁹⁷

Feita esta abordagem teórica a partir do pensamento de Locke, não se pode omitir da lista de pensadores que contribuíram decisivamente com o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes o nome de Montesquieu. Ele notabilizou-se pela obra *O Espírito das Leis*, de 1748 – na qual expõe suas ideias sobre diversos temas: as leis, os governos, os princípios que os inspiram, as condições naturais e sociais em que se desenvolvem, entre outros. Sobre a teoria da separação dos poderes, ela encontra-se no capítulo XI do livro.

Antes de abordá-la, algumas considerações se fazem pertinentes para situar a teoria. Para Montesquieu existem três espécies/formas de governo: o republicano (que pode ser democrático ou aristocrático),⁹⁸ o monárquico e o despótico. Essa separação das formas de governo leva em conta a história antiga e moderna, em outras palavras, ela “se baseia ou tem a pretensão de basear-se numa análise objetiva da realidade histórica”.⁹⁹ Destaca-se a abordagem descritiva.

Um elemento de descontinuidade em relação a Aristóteles (também a Maquiavel e a Bodin), demonstrando a originalidade de Montesquieu, é incluir, na

⁹⁶ Esse esclarecimento é feito por Maurizio Fioravanti. FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001. p. 94.

⁹⁷ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001. p. 94.

⁹⁸ “Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma *Aristocracia*.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 65.

sua classificação, o despotismo como uma forma autônoma de governo, cujo critério de diferenciação entre despotismo e monarquia é a concentração de poderes naquele e a distribuição neste (à semelhança de Locke, embora este não considere monarquia absoluta como forma de governo civil). Em outras palavras, para Montesquieu despotismo não se trata uma monarquia degenerada (Aristóteles) ou absoluta (Locke). A categoria autônoma do despotismo é descrita por vários aspectos: naturais (como o terreno, a extensão do território, o clima), religiosos, econômicos, jurídicos, sociais (a índole dos habitantes) etc.¹⁰⁰

Assim, diversos critérios¹⁰¹ são propostos para distinguir as especificidades das formas de governo. Num primeiro momento, é possível distinguir as formas de governo em relação à quantidade de pessoas que governa: no republicano há mais de um indivíduo, no monárquico e no despótico existe apenas um. Ocorre que, como aludido acima, a diferença entre governo monárquico e despótico não se restringe a tal critério, do contrário não haveria diferença substancial entre monarquia e despotismo.¹⁰² O governo monárquico difere-se da governo despótico pela coexistência da divisão vertical e horizontal do poder. Quanto a esta, Montesquieu considera natural ao governo monárquico. Ela existe quando há “sob o príncipe várias ordens que dependem do regime”, tornando-o mais fixo, mais inabalável e mais garantida a pessoa que governa.¹⁰³

A divisão horizontal do poder, caracterizando um dos aspectos do governo moderado de Montesquieu, no presente caso aplicado à monarquia, tem a mesma fonte inspiradora do antigo governo misto: ambos resultam da convicção de que,

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 139-140

¹⁰¹ Abordar-se-ão aqueles que dizem respeito mais diretamente ao tema do presente trabalho.

¹⁰² A divergência teórica em relação a Aristóteles fica clara na seguinte passagem: “O embaraço de Aristóteles mostra-se visivelmente quando ele trata da monarquia. Estabelece cinco tipos: não as distingue segundo a forma da constituição, mas segundo coisas de acidente, como as virtudes e vícios do príncipe; ou segundo coisas alheias a ela, como a usurpação da tirania ou a sucessão da tirania. Aristóteles classifica entre as monarquias tanto o império dos persas quanto o reino da Lacedemônia. Mas quem não percebe que um era um Estado despótico e o outro uma república? Os antigos, que não conheciam a distribuição dos três poderes no governo de um só, não podiam ter uma idéia clara da monarquia.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 180.

¹⁰³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 67-68.; “Essa comparação entre despotismo e monarquia apresenta a monarquia como a forma de governo em que há uma faixa de poderes intermediários entre os súditos e o soberano: os ‘contrapoderes’, que impedem o abuso, pelo monarca, da sua própria autoridade. Estes contrapoderes são corpos privilegiados, que exercem funções estatais e impossibilitam a concentração do poder público nas mãos de uma só pessoa, que caracteriza o governo despótico; permitem uma primeira (mas não única) forma de divisão do poder a ‘divisão horizontal’.” BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 135

“para evitar o abuso do poder, este deve ser distribuído de modo que o poder supremo seja consequência de um jogo de equilíbrio entre diversos poderes parciais, e não se concentra nas mãos de uma pessoa só.”¹⁰⁴ O aspecto diferencial entre o governo misto de Aristóteles e o governo moderado de Montesquieu reside na divisão vertical dos poderes promovida pelo segundo (eis a diferença entre a teoria da separação dos poderes propriamente dita de uma teoria do equilíbrio entre poderes).¹⁰⁵

Quanto à vinculação normativa – no governo monárquico, o indivíduo que governa o faz com a observância das leis fundamentais estabelecidas; enquanto no governo despótico não há lei a qual o déspota se submeta – nisso consiste a natureza de cada governo.¹⁰⁶ Sob outro aspecto, para cada forma de governo há um princípio correspondente. O princípio do governo é o que faz agir.¹⁰⁷ São princípios das formas de governo republicano democrático, republicano aristocrático, monárquico e despótico, respectivamente: a virtude,¹⁰⁸ a moderação,¹⁰⁹ a honra¹¹⁰ e o temor.¹¹¹ Os efeitos decorrentes da excelência e da corrupção dos princípios das

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 136.

¹⁰⁵ O assunto será retomado mais abaixo.

¹⁰⁶ Propõem-se as seguintes definições para cada espécie/forma de governo: “o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 31.

¹⁰⁸ Algumas considerações de Montesquieu conferem alguma precisão de sentido mais apurado a respeito do que ele entende por virtude: quando a virtude cessa, “a ambição entra nos corações que estão prontos para recebê-la, e a avareza entra em todos. Os desejos mudam de objeto; o que se amava não se ama mais; era-se livre com as leis, quer-se ser livre contra elas; cada cidadão é como um escravo fugido da casa de seu senhor; o que era máxima é chamado rigor; o que era regra chamam-no incômodo; o que era cuidado chamam-no temor. É na frugalidade que se encontra a avareza, não no desejo de possuir. Antes, o bem dos particulares formava o tesouro público; mas agora o tesouro público torna-se patrimônio de particulares.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33.

¹⁰⁹ Montesquieu alerta que o governo aristocrático, composto pelos nobres, com suas prerrogativas e interesses particulares, tem facilidade em reprimir o povo, mas dificuldade em reprimir a si mesmo, por isso deve orientar-se pela moderação baseada na virtude, isso é o que torna os nobres pelo menos iguais entre si, o que promove sua conservação. MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 34.

¹¹⁰ “[O]u seja, o preconceito de cada pessoa e de cada condição [...]. O governo monárquico supõe [...] preeminências, hierarquia e até uma nobreza de origem. A natureza da honra requer preferências e distinções.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 36.

¹¹¹ Montesquieu esclarece o motivo: “Pessoas capazes de estimarem muito a si mesmas seriam capazes de promover revoluções. Logo, é preciso que o temor acabe com todas as coragens e apague o menor sentimento de ambição [...]. [Q]uando, num governo despótico, o príncipe cessa por um momento de erguer o braço; quando não pode destruir imediatamente aqueles que possuem os primeiros lugares, tudo está perdido: pois como o motor do governo, que é o temor,

formas de governo são distintos. Em relação às formas de governo republicano e monárquico, quando seus respectivos princípios são corrompidos, trata-se de um acidente com potencial de transformar as melhores leis em más, voltando-se elas contra o Estado; quando “estão sãs, as más leis têm o efeito das boas”; já em relação ao princípio do governo despótico, ele “corrompe-se incessantemente, porque ele é corrupto por natureza [...] perece por causa de seu vício interior, a não ser que algumas causas acidentais impeçam seu princípio de corromper-se.”¹¹²

Nesse sentido, a exemplo de seu predecessor Jonh Locke, pode-se observar, nas entrelinhas da tripartição das formas de governo, o critério dicotômico sobre o modo como o poder pode ser exercido, podendo ser: governo despótico/absoluto ou governo moderado.¹¹³ Como visto, Montesquieu demonstra sua aversão ao governo despótico ao passo que enaltece o governo moderado. Para a formação daquele, precisa-se apenas de paixões, por isso o governo despótico estabelece-se em toda a parte; já para o estabelecimento do governo moderado, é preciso o predomínio da razão para “combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir a outro; é uma obra-prima de legislação, que o acaso cria raramente”.¹¹⁴

Um dos propósitos dessa distinção é normativo. A liberdade é um ideal a ser assegurado. Restringindo o sentido, explica-se que a liberdade não consiste em “fazer o que se quer”, pois aí não haveria mais liberdade. Em um Estado onde existem leis, a liberdade política “é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.”¹¹⁵ Por isso a liberdade é incompatível com abuso do poder. A ideia de liberdade apresentada por Montesquieu corresponde à “liberdade negativa”.¹¹⁶

não existe mais, o povo não tem mais protetor.” MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 38.

¹¹² MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 128.

¹¹³ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001. p. 97.

¹¹⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 74.

¹¹⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

¹¹⁶ “Essa liberdade pode ser chamada ‘negativa’, porque consiste em ter um âmbito de ação no qual as leis não intervêm com ordens ou proibições próprias nas quais nossa ação não está impedida pelas leis, ou está livre de qualquer interferência legislativa”. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 67.

O problema é que todo homem que possui poder é tentado a dele abusar.¹¹⁷ Para evitar essa tendência constatável na história da humanidade, “é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.¹¹⁸ A liberdade política somente existe nos Estados moderados em que não se abusa do poder.¹¹⁹

Para ficar mais claro como Montesquieu concebe a ideia de separação dos poderes como meio de assegurar a liberdade política, é conveniente comparar o governo moderado montesquiano com o governo misto aristotélico, para identificar algumas afinidades e distinções. O que os aproxima é a inspiração de buscar estabilidade e equilíbrio entre forças. O que os difere é a divisão vertical do poder, correspondente à separação dos poderes. Diferentemente do governo misto¹²⁰ de Aristóteles – cujo equilíbrio se dá fundamentalmente sob o aspecto social, identificando os “sujeitos” do poder e seus antagonismos (notadamente entre ricos e pobres) – o governo moderado de Montesquieu “deriva da dissociação do poder soberano e da sua partição com base nas três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária”.¹²¹

O fundamental para Montesquieu é, observado o critério funcional, dividir verticalmente o poder e distribuí-lo a órgãos diferentes, de modo a instituir meios efetivos para a defesa da liberdade contra pretensões usurpatórias de uma função

¹¹⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166-170. Ainda no que diz respeito à falibilidade humana: “aquele que pensa que o poder absoluto purifica o sangue dos homens e corrige a baixeza da natureza humana precisa apenas ler a história desta ou de qualquer outra época para convencer-se do contrário”. LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 463. Do mesmo modo: “É desgraça inerente à natureza humana a necessidade de tais meios; mas, já a necessidade dos governos é em si mesma uma desgraça. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 318.

¹¹⁸ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

¹¹⁹ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

¹²⁰ Além de Políbio, considerado o grande teórico do governo misto, muitos outros abordaram o tema: Aristóteles, Maquiavel, Bodin, Mably, Montesquieu, Hegel. A virtude do governo misto é a sua estabilidade decorrente da reunião das características de certas formas de governo. A grande referência de governo misto encontra-se na República Romana. Políbio considera a excelência do governo misto da República Romana em razão da participação de três órgãos no governo: os cônsules (assemelha-se ao governo monárquico e real), o senado (nesse aspecto parece governo aristocrático) e as eleições populares (à semelhança de um governo democrático). BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 5;20;25;62-63;69-71;92.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 136.

sobre a outra.¹²² Um governo moderado só é possível com uma constituição que mantenha separados os poderes/funções do Estado. Tendo como referência a constituição inglesa, Montesquieu afirma que há três tipos de poder: “o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”. Pelo primeiro poder, “o príncipe ou o magistrado cria leis [...] e corrige ou anula aquelas que foram feitas”; pelo segundo, “ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões”; pelo terceiro, “ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.”¹²³

A atuação prescrita por Montesquieu ao judiciário é relativamente semelhante em Locke. O julgamento não deve retratar a “opinião particular do juiz”, do contrário “viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. Os julgamentos devem observar os limites da lei, não podem ser “mais do que um texto preciso da lei”.¹²⁴ Por isso, dos três poderes, “o de julgar é, de alguma forma, nulo.”¹²⁵

Os governos moderados podem ser estabelecidos tanto nas repúblicas (democrática ou aristocrática) quanto nas monarquias.¹²⁶ O governo moderado é descrito como aquele amparado numa constituição capaz de manter diferenciados, em posição de equilíbrio, com a finalidade de recíproca limitação, os diversos poderes; é o governo da razão (por isso a dificuldade em realizá-lo), contraposto ao governo das paixões.¹²⁷

Por fim, pode-se afirmar que Montesquieu notabilizou-se pela concepção de uma organização complexa. A correlação entre forças sociais e poderes estatais como critério distintivo entre as formas de governo, cuja implicação determina as

¹²² Nas palavras do autor: "Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares". MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

¹²³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167-168.

¹²⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 170.

¹²⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 172.

¹²⁶ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.; FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001. p. 97.; BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 66.

¹²⁷ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 74.; BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 66.; FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001. p. 97.

possibilidade de um governo moderado e estável. O fez tanto sob o aspecto da separação social,¹²⁸ divisão horizontal do poder, quanto da separação orgânica estatal,¹²⁹ divisão vertical do poder.¹³⁰

2.2 A Separação dos Poderes no Rastro do Constitucionalismo Moderno

A teoria da separação dos poderes redistribuiu o poder do estado, outrora centrado na figura do rei. Especificamente considerando o contexto inglês – utilizado como referência para os trabalhos teóricos de Locke e Montesquieu¹³¹ –, o antigo *gubernaculum* de Henry of Bracton representa as prerrogativas do rei, um poder “público”, “extraordinário”, “real”, uma prerrogativa que consistia em “razões de Estado”, aceita quase inteiramente durante a dinastia Tudor¹³² e o reinado de James I,¹³³ inclusive com o reconhecimento da legitimidade desse poder em diversos precedentes (o brocardo *the king can do no wrong* era uma máxima legal).¹³⁴ Por isso, sob o aspecto jurídico (com base nos precedentes da Inglaterra), não havia remédio existente para superar (ou transferir) as prerrogativas do rei, embora sobrassem ressentimentos a remediar.¹³⁵

No século XVII, anteriormente à Revolução Gloriosa de 1688, a Inglaterra torna-se palco de “sucessivas convulsões políticas – alterações de regime e dinastia, revoluções, golpes de Estado –,” com tentativas, por parte da dinastia Stuart, de restabelecer a monarquia que Oliver Cromwell havia eliminado depois da abolição da monarquia e a proclamação da República em 1649.¹³⁶ Exitosa, a dinastia Stuart

¹²⁸ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19-29.

¹²⁹ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166-178.

¹³⁰ Em sentido semelhante: VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 69-96.

¹³¹ Tanto John Locke quanto Montesquieu dedicam parte considerável de suas observações à Inglaterra.

¹³² A dinastia Tudor estabelece-se na Inglaterra em 1485 e termina em 1603, com a morte da rainha Isabel I.

¹³³ James I inaugura o período de reinado dos Stuarts na Inglaterra, dinastia que sucede a dinastia Tudor.

¹³⁴ McIlwain apresenta diversas manifestações proferidas por juízes, parlamentares, procurador-geral, sobretudo entre meados do século XVI ao XVII, que confirmam os precedentes e a relativa aceitação ao poder “real”. McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University, 1947. p. 123-126.

¹³⁵ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University, 1947. p. 123-126.

¹³⁶ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 46-47.

restaura-se em 1660, retomando as bases da “constituição mista inglesa”, que conferia relativo equilíbrio entre o monarca e o parlamento inglês, até que se rompe o equilíbrio nos finais do reinado de Jaime II, com a concentração de todos os elementos de poder da Grã Bretanha em suas mãos, em outono de 1685.¹³⁷ A aprovação do *Bill of Rights* em 1689 representa a instauração da monarquia constitucional na Inglaterra e, com ela, o estabelecimento do princípio político-constitucional da separação de poderes.¹³⁸

Para Fiovaranti, após um século marcado por conflitos, a Revolução Gloriosa e a adoção do *Bill of Rights* em 1689 representam a queda do absolutismo monárquico inglês e o restabelecimento da tradição histórica inglesa de contrapeso de poder, destacando-se a primazia do parlamento.¹³⁹ Nesse contexto de transição política, John Locke é considerado o teórico da Revolução Inglesa,¹⁴⁰ a despeito da controvérsia sobre o momento em que a obra *Dois tratados sobre o governo*¹⁴¹ tenha sido escrita e ao que ela se propunha.¹⁴²

Na teoria de Montesquieu, a Inglaterra é representada como um exemplo de governo moderado. No entanto, o modelo monárquico ideal proposto por ele, caracterizado pela divisão estamental, não era compatível com a Inglaterra do seu tempo, que não mais dispunha de tal configuração. Tanto é que Montesquieu descreve o fato quando afirma: “[o]s ingleses, para favorecer a liberdade, retiraram

¹³⁷ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 46-47.

¹³⁸ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 47.

¹³⁹ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001. p. 86-89.

¹⁴⁰ “Locke fue el filósofo de la revolución; sus teorías definieron los contornos esenciales de la doctrina liberal por cerca de dos centurias.” LASKI, Harold J. **El Liberalismo Europeo**. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1961. p. 91. Ver também em: VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 45-46.

¹⁴¹ Veja no tópico III da Introdução feita por Peter Laslett ao livro: LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 65-96.

¹⁴² Destaca-se parte do prefácio de Locke, presumivelmente escrito por volta do mês de agosto de 1689, conforme nota do editor Peter Laslett, na qual se refere à obra: “[D]iz respeito ao governo[...]. Espero que [...] sejam suficientes para consolidar o trono de nosso grande restaurador, o atual rei Guilherme; para confirmar seu título no consentimento do povo, o único de todos os governos legítimos [...]: E para justificar perante o povo da Inglaterra, cujo amor por seus direitos justos e naturais e determinação em conservá-los salvou a Nação, quando esta se encontrava na iminência da escravidão e da ruína.” LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 197-198.

todos os poderes intermediários que formavam sua monarquia”.¹⁴³ Eis a representação real da constituição inglesa do período. A divisão estamental – para Montesquieu um componente da natureza do governo monárquico, caracterizado pela presença de poderes intermediários, subordinados e dependentes do monarca (os senhores, o clero, a nobreza), sem o qual haveria um estado popular ou um estado despótico¹⁴⁴ – já não se encontrava na monarquia da Inglaterra.¹⁴⁵ Nessa perspectiva, é possível a seguinte leitura: ou Montesquieu não considerava a Inglaterra propriamente uma monarquia, ou a divisão estamental não era tão determinante assim para a estabilidade do governo monárquico (pelo menos não naquele momento).¹⁴⁶

Com a revolução de 1688 e o triunfo do estado liberal, o governo de gabinete do modelo parlamentarista aproximou o executivo do legislativo, com a progressiva subordinação política do monarca, a responsabilização política do primeiro ministro e a afirmação da primazia política do parlamento, notoriamente pela câmara dos comuns. Posteriormente, com a redução dos poderes do rei e a figura do primeiro ministro ganhando destaque como chefe de governo e da maioria parlamentar, autores como Bolingbroke contornaram a aparente contradição de aproximar legislativo e executivo, defendendo a interpretação de que, após a Revolução Gloriosa, a constituição inglesa recompôs suas origens e consagrou a solução da tensão por meio do *King in Parliament*.¹⁴⁷

A despeito da controvérsia, ao longo do século XVIII difunde-se a imagem de que a constituição inglesa representa a constituição por excelência, pela capacidade de melhor impedir o poder absoluto e de distinguir e contrapesar os poderes.¹⁴⁸ Uma das obras na qual se observa a exaltação à constituição inglesa, além da antevisão do autor sobre ideias modernas de revisão judicial, encontra-se nos escritos de

¹⁴³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 27.

¹⁴⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 26.

¹⁴⁵ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 72-74; 91-93.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 72-74; 91-93.

¹⁴⁷ Compreende-se a solução do King in Parliament como aquela relacionada à “la limitación de la monarquía por parte del parlamento y la necesidad de un ejecutivo de titularidad monárquica que nunca podía ser dominado completamente por el parlamento, y que además era titular de un poder de veto sobre la ley que se ejerce dentro del mismo parlamento”. FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001. p. 96.

¹⁴⁸ FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Trotta, 2001. p. 96-97.

James Otis Jr. (1725-1783).¹⁴⁹ Em 1764, do lado de cá do Atlântico, James Otis, no seu *Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, proclama a grandeza da constituição inglesa em razão do constante equilíbrio que ela promove entre os poderes: quando o executivo erra, ele é informado pelo legislativo no parlamento; se o erro for do legislativo, ele é ele é informado pelo executivo nos tribunais do rei.¹⁵⁰

Nos Estados Unidos, a teoria da separação dos poderes foi acolhida como princípio, sendo incorporada em diversas constituições escritas,¹⁵¹ a começar pelas primeiras, elaboradas pelos colonos. Desde a Constituição de New Hampshire (de 5 de janeiro de 1776), acompanhada pela da Carolina do Norte (de 26 de março de 1776), da Declaração de Direitos da Virgínia (de 12 de junho de 1776)¹⁵², de Massachussets, de Maryland, culminando com a própria Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787 – a separação de poderes incorporou-se como princípio. A inspiração da doutrina de Montesquieu é clara nos argumentos de notáveis do período revolucionário norte-americano, onde prevaleceu a interpretação em defesa de uma separação parcial das funções do governo (Madison), num sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*.¹⁵³

¹⁴⁹ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University Press, 1947. p. 10. No mesmo sentido: VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998. p. 141-142.

¹⁵⁰ “When such mistake is evident and palpable, as in the instances in the appendix, the judges of the executive courts have declared the act ‘of a whole parliament void.’ See here the grandeur of the British constitution! See the wisdom of our ancestors! The supreme legislative, and the supreme executive, are a perpetual check and balance to each other. If the supreme executive errs, it is informed by the supreme legislative in parliament: If the supreme legislative errs, it is informed by his judges, in the highest lustre and majesty, as supreme executor of the commonwealth; and he never shines brighter, but on his Throne, at the head of the supreme legislative. This is government! This, is a constitution!”. OTIS, James. **Collected Political Writings of James Otis**. Edited and with an Introduction by Richard Samuelson. Indianapolis: Liberty Fund, 2015. p. 155.

¹⁵¹ A teoria da separação de poderes, embora não aparecesse nesses termos, por cerca de 150 anos antes do advento das Constituições que marcaram o último quarto do sec. XVIII, já era objeto de atenção crescente por teóricos de ambos os lados do Atlântico. Além de Montesquieu, que logrou a condição de teórico com maior notoriedade no tema: “Nedham, Locke, Bolingbroke [...], Blackstone, Rousseau, Siyés, Adams, Jefferson, and Madison are only some of the names associated with this debate. Their respective contributions reflected rather diverse political, constitutional, and theoretical concerns. It is therefore hardly surprising that, by the last quarter of the eighteenth century, no single doctrine using the label of separation of powers had emerged that could command general assent.” CASPER, Gerhard. An Essay in Separation of Powers: some early versions and practices. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, v. 30, n. 2, p. 213, 1989. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss2/3/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁵² ImproPRIAMENTE, Sahid Maluf refere-se à Declaração de Direitos da Virgínia como a primeira constituição escrita. MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed. atual. por Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 242.

¹⁵³ VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998. p. 143.

Na França, com Revolução Francesa (1789), o princípio da separação dos poderes foi proclamado no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como elementar a qualquer Constituição: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.¹⁵⁴

A despeito do acolhimento da teoria da separação dos poderes pelos sistemas constitucionais do último quartel do século XVIII, constatam-se diferenças significativas sobre a concepção dos poderes, das respectivas competências e do modo exercê-las. Não se pode olvidar que as ordens político-jurídicas estabelecem-se e desenvolvem-se em contextos específicos para resolver suas respectivas questões, de acordo com a ideia predominante.

A Inglaterra e a França são apontadas como as duas nações onde a supremacia parlamentar se enraizou desde suas revoluções, razão pela qual há clara resistência ao controle judicial sobre a vontade democrática formada pela maioria no parlamento, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos.¹⁵⁵ A assimilação da doutrina da separação dos poderes pelos norte-americanos se deu de modo peculiar, sobretudo em relação ao papel do judiciário e ao advento do *judicial review*. Além disso, prevaleceu nos Estados Unidos a ideia de fiscalização recíproca entre os poderes, não se exigindo a separação absoluta entre eles.¹⁵⁶

¹⁵⁴ SIEYÈS, Abade. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. 1. ed. Coyocán: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 169.

¹⁵⁵ CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 268, 2001.

¹⁵⁶ Ilustrativamente, há diversas passagens na obra *O Federalista*, que obteve grande influência no período revolucionário dos Estados Unidos, nas quais se evidencia a concepção dos norte-americanos sobre separação dos poderes, o papel do judiciário, a supremacia da constituição e a soberania popular: “[O] axioma político que se examina não exige a separação absoluta dos três poderes; [...] sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na prática ser eficazmente mantido.”; “Se os juízes não conspirarem com a legislatura, hão de declarar que as decisões da maioria são contrárias à lei do país, inconstitucionais e nulas; e se o povo, que é o defensor nato da Constituição, não estiver infectado do mesmo espírito que os representantes que tiver nomeado, sustentará com a sua influência o governo nacional e fará pender a balança para o seu lado.”; “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proibem. Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o

Na França, a repulsa popular em relação aos juízes e à função jurisdicional se dava basicamente por eles estarem relacionados ao Antigo Regime. A desconfiança e a aversão ficam claras na Lei Revolucionária de agosto de 1790, onde fica determinado que: o judiciário não tomará parte, “direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo,” nem impedirá ou suspenderá “a execução das decisões do poder legislativo; os órgãos jurisdicionais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei”; a função judicial é distinta e deve permanecer separada das funções administrativas; “[s]ob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções”.¹⁵⁷

Tal modelo logo iria resultar em uma série de problemas: a função jurisdicional como aplicação cega da lei e indiferente à realidade abriu as portas para a tirania do executivo e do legislativo; o fato de que nenhuma lei ou código são tão claros e completos a ponto de tornar possível a mera reprodução do comando legal pelo magistrado em suas decisões; a ausência de um controle externo efetivo, desempenhado por órgãos independentes em relação ao órgão político objeto de controle.¹⁵⁸

O controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do poder executivo e do poder legislativo é relacionado aos Estados Unidos como uma prática pioneira, embora houvesse alguns episódios pontuais na Inglaterra. Em interessante passagem, Pontes de Miranda, na obra *Comentários à Constituição da República*

povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 102; 305; 459-460.

¹⁵⁷ CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 268-272, 2001.

¹⁵⁸ CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 272-274, 2001.

dos E. U. do Brasil, orgulha-se dos aspectos semelhantes entre o Brasil e os Estados Unidos da América relativamente ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Segundo ele, os Estados Unidos e o Brasil de 1891-1930 eram os maiores expoentes da apreciação jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, muito embora a prática no Brasil tenha sido atenuada no período ditatorial de 1930-1934.¹⁵⁹ Quanto ao velho continente, apenas após a 1ª Guerra constata-se efetivamente a tentativa de submeter as leis a técnicas semelhantes de controle.¹⁶⁰

No Brasil, a primeira vez que a teoria da separação dos poderes aparece na sua história constitucional é com a Constituição do Império do Brasil, de 1824. Nela, em vez de constituírem-se os três poderes clássicos, foram reconhecidos quatro poderes: “o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.¹⁶¹ Na prática, a concentração do poder se dava na figura do imperador, que exercia o poder moderador, chave de toda a organização política.¹⁶²

2.3 O Desequilíbrio da Separação dos Poderes: a Supremacia Judicial

Em cada Estado, a relação entre os poderes se dá de modo peculiar. Inclusive, tal dinâmica é variável no tempo, sendo possível afirmar que o arranjo entre os poderes altera-se incessantemente. Considerando esta afirmação, o que representa a *supremacia judicial*? Para responder a esta pergunta, é preciso considerar as peculiaridades do funcionamento de determinado estado, no que diz respeito ao exercício dos respectivos poderes, a fim de apontar indicativos. Ainda, não seria demais afirmar que não apenas existem diversos critérios para conceituar e identificar a supremacia judicial, bem como há fundamentos variados para reconhecer sua legitimidade. Isso significa afirmar que a ideia de supremacia judicial

¹⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. Tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 543-544.

¹⁶⁰ Pontes de Miranda destaca o sistema Austríaco, não sem tecer uma série de críticas ao modelo. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. Tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 544-547.

¹⁶¹ BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

¹⁶² BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

pode encontrar diferentes contornos em tradições distintas, dependendo do modo como é concebido o papel do Judiciário.

Jeremy Waldron, analisando o contexto norte-americano, procura definir o significado de supremacia judicial por um processo inverso de significação. *O que há de errado com a supremacia judicial?* Apontando os supostos problemas, o autor acredita que pode ser mais fácil definir o que é *supremacia judicial*.¹⁶³ Assim, cada inconveniente corresponde à determinada tendência da corte, cuja inclinação desvela práticas de supremacia judicial, distinguindo-se do que seria a *judicial review*.¹⁶⁴ Os problemas identificados por Waldron são: o deslocamento do autogoverno (pelo qual a Suprema Corte tende a assumir o poder geral de governo, desenvolvendo ela mesma um programa geral de política, ao invés de intervir de modo pontual); a soberania judiciária (confirmando a convicção de Thomas Hobbes de que o estado de direito não pode ser aplicado a mais alta autoridade política do estado, qualquer tentativa nesse sentido replicaria a soberania em nível mais alto); a usurpação do poder constituinte (quando o poder constituído, o judiciário, identifica-se direta ou indiretamente com o povo ou reivindica suas credenciais para definir, redefinir ou mudar o entendimento da constituição).¹⁶⁵

Com as proposições acima, seria possível deduzir condutas do tribunal que evidenciam determinada tendência. Para os objetivos do presente trabalho, importa identificar as práticas de supremacia judicial a partir dos elementos que caracterizam o constitucionalismo brasileiro. Por isso, para fins de contextualização, abordam-se algumas das manifestações de supremacia judicial no Brasil, algumas das quais vislumbradas por Clarissa Tassinari.¹⁶⁶

Antes de adentrar a tese da já mencionada autora, convém fixar alguns pressupostos. Primeiro, a legitimidade constitucional do exercício da função

¹⁶³ WALDRON, Jeremy. Judicial review and judicial supremacy. **New York University School of Law**, New York, paper n. 14-57, p. 11-12, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550>>. Acesso em: 28 maio de 2018.

¹⁶⁴ WALDRON, Jeremy. Judicial review and judicial supremacy. **New York University School of Law**, New York, paper n. 14-57, p. 6-8; 11-12, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550>>. Acesso em: 28 maio de 2018.

¹⁶⁵ WALDRON, Jeremy. Judicial review and judicial supremacy. **New York University School of Law**, New York, paper n. 14-57, p. 11-12, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550>>. Acesso em: 28 maio de 2018.

¹⁶⁶ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de maio. 2019.

jurisdicional decorre do que está disposto na constituição, que demanda a compatibilização da função com o sistema constitucional, o que implica reconhecer o raio de atuação dos demais poderes, a fim de não suprimi-los ilegitimamente. Assim, a eventual legitimidade da supremacia judicial só pode ser proveniente do que está na norma constitucional, observada a compatibilidade do exercício específico em confronto com as demais funções estatais, a fim de viabilizar a coexistência dos poderes e o respeito à função de cada um. Para o direito, a questão é encontrar o fundamento jurídico e sua compatibilidade com o sistema constitucional específico. Por outro lado, é possível que fundamentos outros justifiquem a existência de uma supremacia judicial, mesmo que sem respaldo na constituição.

No Brasil, há uma espécie de naturalização da ideia de supremacia judicial. Apesar do senso comum, não há fundamento constitucional que resguarde essa posição ao Supremo Tribunal Federal. Por isso, Clarissa Tassinari opõe-se à naturalização do conceito de supremacia judicial no Brasil como resultado do que está disposto na constituição. A supremacia judicial no Brasil é caracterizada pela concessão ao STF de três autoridades: interpretativa, política e simbólica, cujos pressupostos estão ligados à ideia de que ele tem a última palavra sobre o direito, sobrepondo-se às instâncias majoritárias, sendo o mais habilitado na tradução dos anseios da sociedade. Analiticamente, a autora desconstrói esse imaginário demonstrando que a supremacia judicial no Brasil origina-se não da constituição, mas de outras circunstâncias do contexto social, político e jurídico brasileiro.¹⁶⁷

Para entender como se chegou à naturalização da ideia de supremacia judicial, é preciso percorrer um longo trajeto. A caricatura pode até ser vislumbrada em declarações de alguns ministros e ex-ministros do Supremo, em que o STF é representado como “o governante bem intencionado, o intérprete autorizado e o poder mais admirado”,¹⁶⁸ mas a compreensão do fenômeno e da sua

¹⁶⁷ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de maio. 2019.

¹⁶⁸ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. p. 75. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de maio. 2019.

operacionalidade no Brasil demanda uma análise ampla.¹⁶⁹ No entanto, para os fins aqui propostos, são suficientes algumas proposições que evidenciam a existência e alguns fundamentos (não constitucionais) da supremacia judicial do STF.

O Brasil é considerado uma nova democracia, nasceu com a promulgação da Constituição de 1988. Tão logo o texto constitucional tornou-se vigente, os desafios para a efetivação do texto eram notáveis. As demandas sociais reprimidas encontraram na constituição as promessas de modernidade tardia pelas quais tanto ansiavam. Canalizou-se para o judiciário a expectativa de efetivar o projeto constitucional.

Em parte, trata-se do fenômeno – que decorre em grande medida da consagração de uma constituição analítica dotada de: lista ampla de direitos e garantias fundamentais, bem como de legitimados ativos para o ajuizamento de ações (cidadãos em geral, sociedade civil organizada e entes e órgãos estatais); controle jurisdicional de constitucionalidade difuso e concentrado, tanto da ação quanto da omissão dos poderes representativos; organização hierarquizada dos órgãos do judiciário, com o STF no vértice, assumindo o papel de “quarta instância jurisdicional (quando suas decisões possuem efeitos entre as partes)”, possuindo também competência originária (cujos efeitos são para todos); do descrédito dos órgãos representativos tradicionais em relação à opinião pública – da judicialização da política, fenômeno contingencial. Mas não há de se confundir a judicialização da política com a supremacia judicial, embora a presença daquela circunstância potencialize o surgimento do segundo fenômeno.¹⁷⁰

Aliadas a tais circunstâncias, aponta-se a internalização ou recepção descontextualizada da tradição do constitucionalismo norte-americano e do alemão pelo STF; a indiferença, o encantamento e até o incentivo da doutrina diante do esgassamento das funções jurisdicionais da corte; as interpretações da corte que

¹⁶⁹ Para uma abordagem aprofundada sobre as circunstâncias que ensejam uma supremacia judicial no Brasil, recomenda-se: TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

¹⁷⁰ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. p. 79-89. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

suprimiram competências constitucionais dos outros poderes, a exemplo da competência privativa do Senado Federal de suspender lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF (agora ele mesmo passou a estender os efeitos de sua decisão, em razão de uma suposto “mutação constitucional” que teria havido); a adoção de teorias “capazes” de reformular as relações institucionais entre os poderes (destaca-se o acolhimento da tese do “estado de coisas inconstitucional”, importada da Colômbia, que alçou o STF à condição de declarar a inconstitucionalidade, impor providências aos poderes representativos e fiscalizar a execução das medidas).¹⁷¹

A combinação dos elementos mencionados, somados a outros tantos, alavancou o STF. Além disso, a internalização, sem as devidas reservas, das mais variadas teorias e de elementos do constitucionalismo norte-americano e alemão, tornou o judiciário brasileiro uma espécie sincrética de tribunal. A figura do STF compõe-se da “dimensão política presente nos posicionamentos da Suprema Corte estadunidense”, passando a ser politicamente atuante (mesmo diante de uma constituição pormenorizada, diferentemente da constituição norte-americana); e da dimensão concretizadora alemã, pela qual assumiu “o dever de concretização do texto constitucional”, que “é transformado em discurso para legitimar aquilo que resulta de sua aproximação com os Estados Unidos – a atuação política do” STF.¹⁷²

2.4 Conclusão Parcial

O pensamento político ocidental, em nome de valores milenares – como justiça, liberdade, igualdade, propriedade – forjou estruturas institucionais e procedimentos para realizar e reconciliar esses valores na prática, na maior extensão e profundidade, de acordo com a ideia, nunca unânime, inequívoca,

¹⁷¹ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política.** 2016. p. 76-81; 90-91. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2019.

¹⁷² TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política.** 2016. p. 86;89-91. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2019.

coerente e harmoniosa, que se tem sobre eles.¹⁷³ A sociedade civil bem simboliza esse processo ininterrupto de organização voltada ao aperfeiçoamento da vida em sociedade tendo em vista determinados valores compartilhados.

Da antiguidade – o governo equilibrado e o governo misto de Aristóteles, fundamentados essencialmente na divisão horizontal (social) e na composição do poder pelas classes de interesses antagônicos, cuja conciliação possibilitaria uma maior estabilidade à unidade política e a formação do interesse público – colhem-se alguns fundamentos da cultura político-ocidental centrados na ideia de limitar o poder do governo como condição de possibilidade para uma vida coletiva mais estável, próspera e equilibrada.

Na modernidade, com o propósito de assegurar a liberdade política contra o poder visto na época como absoluto, indivisível e concentrado nas mãos do monarca, propõe-se, entre outras teorias, a divisão vertical do poder como expediente idôneo para limitá-lo, forjando a doutrina da separação dos poderes. A partir disso torna-se então imprescindível que cada função seja atribuída a diferentes órgãos, a fim de evitar a concentração de poder e promover um sistema de organização interna em que o poder freie o poder.

A lei, formada pela vontade do corpo político com base no critério majoritário, passa a ser considerada a expressão máxima da razão, da liberdade e da igualdade. Os limites da lei dos homens estavam condicionados à pretensa noção universalmente válida de direito natural, cuja observância se daria por critério de racionalidade prático-dedutiva.

O contexto em que surge a doutrina da separação dos poderes aponta que ela nasceu opondo-se mais diretamente à concentração do poder pelo executivo (representado pelo monarca). No entanto, tanto em Locke quanto em Montesquieu, o predomínio da função legislativa sobre as demais funções do Estado é evidente.

Na Inglaterra e na França, a teoria liberal coadunou-se com as pretensões de participação na tomada de decisão governamental pelas assembleias representativas, cuja burguesia ascendeu de modo determinante. Em contrapartida, a gradativa supressão do poder real e dos corpos intermediários (clero e nobreza) das monarquias da Inglaterra e da França em favor da classe insurgente redimensionou as estruturas sociais e corroborou para a distribuição do poder em

¹⁷³ VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998. p. 1.

favor do revigorado legislativo. Talvez por isso o modelo ideal de monarquia montesquiana, cuja natureza depende dos corpos intermediários, não foi considerado sob o aspecto social.

A ideia de supremacia legislativa implica a submissão dos demais poderes. Para tanto, o poder de executar as ações de governo e o poder de julgar devem respeitar os estritos limites da lei. Tal compreensão tinha em mente a genuína aplicação dos comandos abstratos e genéricos da lei, e evidencia a preocupação em relação ao exercício do poder por parte dos órgãos executivos e judiciários que, a depender do modo como o fizessem, poderiam frustrar a vontade da maioria manifestada pelas assembleias legislativas.

No processo de independência das colônias da América do Norte em face do Império Britânico, a assimilação da teoria pelos colonos se fez com o mesmo propósito libertário, mas atingiu resultados distintos. Enquanto na Europa prevaleceu a primazia da lei, nos Estados Unidos consolidou-se a supremacia da constituição, a rigidez constitucional e controle jurisdicional de constitucionalidade.

No Brasil, o exercício do controle de constitucionalidade tornou-se peculiar, retrata uma espécie de supremacia judicial perceptível diante da expansão autorreferencial do judiciário no exercício do poder, reestruturando por (e para) si as relações entre os poderes. A pergunta que move, então, a exploração teórica da segunda parte deste trabalho é: como se contrapor a ideia de supremacia? É neste contexto que surgem as teorias que dão sustento ao que vem sendo conhecido como Diálogos Institucionais. Assim, este é o conteúdo do próximo capítulo, que, ao mesmo tempo em que oferece um referencial teórico de oposição à supremacia judicial, coloca sob questionamento seu potencial normativo.

3 DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS: UMA EXPOSIÇÃO TEÓRICA

Dentro da teoria constitucional, a expressão “diálogo” tem sido utilizada para descrever as interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área de decisão constitucional, especificamente aquelas voltadas à interpretação das questões constitucionais. Contrapondo-se à ideia de que cabe ao Judiciário monopolizar a interpretação constitucional, as teorias dialógicas apontam que a definição do significado da constituição é, ou idealmente deveria ser, resultado de um diálogo aberto, interativo, entre o judiciário e outros atores.¹⁷⁴

A sistematização e classificação das teorias dos diálogos interinstitucionais (ou dos diálogos constitucionais) resultam da adoção de critérios que viabilizam uma análise conjunta das teorias, possibilitando a identificação de elementos comuns entre elas ou peculiares. Vocacionadas a analisar interações entre as esferas de poder do estado e da sociedade, as teorias do diálogo procuram compreender e explicar a participação contributiva dos atores constitucionais na formação (adequada) do sentido da constituição nas democracias contemporâneas. Assim, uma classificação teórica dos diálogos constitucionais só é útil na medida em que permite a identificação do como, quando e qual teoria tem efetivo potencial democrático-constitucional. Busca-se reconciliar a autoridade judicial com a teoria democrática.¹⁷⁵

Com essa expectativa, as teorias sobre os diálogos constitucionais são, inicialmente, classificáveis de acordo com o grau de predominância empírica ou normativa de suas abordagens.¹⁷⁶ Tendo cada teoria, em maior ou menor grau, elementos empíricos e normativos, situam-se elas numa mesma linha: teorias que realizam uma abordagem empírica em maior grau numa ponta; na outra, as de abordagem prevalentemente normativa; entre elas, as teorias que conciliam a ideia

¹⁷⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1109, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁷⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1120, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁷⁶ Critério classificatório proposto por Christine Bateup.

de que as decisões judiciais não precisam ser o ponto final, prescrevendo como o diálogo constitucional deve ocorrer.¹⁷⁷

As teorias dialógicas de perspectiva descritiva sugerem que, em inúmeros casos, as decisões judiciais não representam a “última palavra” sobre o significado da constituição; o evento capaz de, por si, extinguir definitivamente a controvérsia constitucional.¹⁷⁸ Com essa constatação, tais teorias fundamentam-se nas seguintes bases: 1) as decisões judiciais em matéria constitucional não são definitivas e 2) os demais atores sociais estão engajados em responder as questões constitucionais.¹⁷⁹ Os diálogos seriam decorrência da inevitável interação entre as instituições, um resultado natural da atribuição das funções estatais a atores diversos.¹⁸⁰ Verificando-se como as cortes atuam nas decisões constitucionais e como a sociedade e demais instituições estatais acatam ou superam tais decisões, os diálogos são analisados, na prática.¹⁸¹ A partir daí, desenvolvem suas percepções normativas sobre os diálogos com base nesse contexto.¹⁸²

A utilidade dessa abordagem é apreender como, na prática, os diálogos interinstitucionais conformam o significado da constituição; entretanto, nos casos em que os demais Poderes (Legislativo e Executivo) e a própria sociedade revelam-se atores figurantes, incapazes de reagir ao protagonismo judicial na definição do significado da Constituição, sendo o diálogo visto apenas como ideal normativo,

¹⁷⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, p. 1121, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁷⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, p. 1122, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 158. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸¹ GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. p. 151. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, p. 1121, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

convém que se adote abordagem com maior potencial de superar a dificuldade contramajoritária e o déficit democrático da decisão jurisdicional.¹⁸³

Já as teorias dialógicas de abordagem predominantemente prescritiva, por voltarem suas atenções à atuação do judiciário, dirigindo-lhe recomendações sobre como ele deve decidir, observado o potencial dialógico das decisões,¹⁸⁴ também são conhecidas como teorias do método judicial¹⁸⁵. Elas defendem a utilização deliberada, por parte dos órgãos jurisdicionais, de técnicas de decisão supostamente idôneas a ensejar amplo diálogo sobre o significado da constituição. Embora prescrevam como, em circunstâncias ideais, o judiciário deve atuar para estimular o debate, explicando sua contribuição específica, suas prescrições costumam revelar-se desconectadas da subjacente realidade jurídico-constitucional.¹⁸⁶

Analisando sob outro aspecto, semelhantemente à divisão acima apresentada, enfoca-se a decisão judicial internamente como vetor do diálogo, cabendo ao judiciário a escolha de promovê-lo ou não, mediante condutas que evidenciam virtudes passivas ou ativas da corte; e externamente, como consequência da separação das funções estatais conferidas a mais de um agente.¹⁸⁷

3.1 Teorias do Método Judicial

Bateup agrupa as teorias mais prescritivas de diálogos constitucionais sob a denominação teorias do método judicial, cuja característica comum é a defesa do uso consciente, pelas cortes constitucionais, de técnicas decisórias que ensejam amplo debate com os ramos políticos do governo sobre o significado da

¹⁸³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1122, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 159. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1121-1123, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1121-1123, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 99-124. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

constituição.¹⁸⁸ Elencam-se as seguintes teorias metodológicas: teoria do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*); teoria centrada no processo (*process-centered rules*) e o minimalismo judicial (*judicial minimalism*).¹⁸⁹

3.1.1 Teoria do Aconselhamento Judicial

A teoria do aconselhamento judicial é compreendida, em termos gerais, como o método proativo de julgar por meio do qual os juízes, como conselheiros, de modo não vinculativo em um processo ou controvérsia judicial, aconselham um determinado curso de ação ou esclarecem questões, com fundamento em uma regra ou princípio, a fim de prevenir ou resolver politicamente eventuais controvérsias constitucionais.¹⁹⁰ Em outras palavras, pelo aconselhamento, o judiciário expõe aos ramos políticos o seu ponto de vista a respeito do significado da constituição, ajudando-os a enfrentar os desafios constitucionais no exercício da função normativa.

Katyal aponta que desde Alexander Bickel os constitucionalistas americanos concebem, basicamente, três papéis à Corte – o “tríplice poder” – que seria: declarar a inconstitucionalidade da norma; a constitucionalidade dela; ou não fazer nenhum dos dois, evitando a decisão por meio de técnicas de não fazer.¹⁹¹ O aconselhamento judicial seria o quarto papel, presente nos interstícios dos três papéis acima referidos.¹⁹² Ademais, todos os papéis são passíveis de serem exercidos simultaneamente, com variações de intensidade.¹⁹³ Por exemplo, em

¹⁸⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1109, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁸⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1123-1135, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹⁰ KATYAL, Neal K. Judges as Advicegivers. **Stanford Law Review**, Standford, v. 50, p. 1710-1712, 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹¹ A terceira alternativa evidencia as virtudes passivas da Corte. BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75:40, p. 40-79, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.; BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

¹⁹² KATYAL, Neal K. Judges as Advicegivers. **Stanford Law Review**, Standford, v. 50, p. 1713-1714, 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹³ KATYAL, Neal K. Judges as Advicegivers. **Stanford Law Review**, Standford, v. 50, p. 1714-1716, 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

determinados casos, os juízes podem declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo e aconselhar os poderes políticos sobre quais são as vias constitucionais idôneas para atingir o objetivo pretendido – uma espécie de mapa/roteiro constitucional; de outra forma, podem vir a declarar a constitucionalidade da legislação e utilizar técnicas para estimular a revisão por parte dos atores políticos a fim de que removam ambigüidades e imprecisões da lei.¹⁹⁴

Juridicamente, tem-se defendido que o aconselhamento tem natureza *obiter dictum*, proporcionando algumas vantagens: por não ter efeito vinculante, viabiliza-se ampla orientação, podendo o Judiciário reavaliar suas considerações no futuro; por ser fornecido *ex ante*, o aconselhamento tem o potencial de evitar conflitos constitucionais, conferindo previsibilidade aos atores políticos diante da evidenciação da tendência jurisprudencial.¹⁹⁵ Os conselhos, segundo seus teóricos, também facilitariam as respostas políticas às controvérsias constitucionais, fortalecendo o autogoverno democrático e a responsabilização popular e diminuindo a dificuldade contra-majoritária.¹⁹⁶

Na verdade, conforme Bateup, a teoria do aconselhamento judicial é questionável sob vários aspectos, inclusive no que tange ao seu enquadramento como teoria de diálogo constitucional.¹⁹⁷ A ideia de aconselhar parte do pressuposto de que os tribunais desfrutam de capacidade especial, ou que são mais confiáveis que os ramos políticos de governo para apurar o sentido da constituição e dimensionar valores constitucionais específicos.¹⁹⁸ Ademais, a posição privilegiada do tribunal na promoção e condução do debate, além de pressupor, com base empírica duvidosa, a superioridade dos tribunais na interpretação da constituição e a desconfiança em relação à capacidade institucional dos atores políticos em fazê-la, não viabiliza espaço para juízos políticos independentes, inclusive quanto aos limites

¹⁹⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1124, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹⁵ KATYAL, Neal K. Judges as Advicegivers. **Stanford Law Review**, Standford, v. 50, p. 1714, 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1125, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1125, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹⁹⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1125, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

da própria competência, cujo exercício é constrangido por “aconselhamentos”, quando não o são por decisões.¹⁹⁹ Em suma, pelo aconselhamento judicial não se estabelece um diálogo franco entre poderes, nem se favorece a deliberação política independente sobre o significado constitucional, pelo contrário, retraí-se o espaço para deliberação política e induz os ramos políticos a simplesmente acatar os conselhos do judiciário.²⁰⁰

3.1.2 Teorias Centradas no Processo

De acordo com as teorias centradas no processo, os juízes avaliam a conduta dos agentes políticos quanto ao zelo ou deliberação empreendidos para a formação dos juízos políticos que afetam valores constitucionais substantivos.²⁰¹ Caso entenda que não houve adequado tratamento ao tema, o judiciário pode impelir os ramos políticos a reconsiderar suas decisões, a fim de que confirmem a elas atenção apropriada.²⁰²

Exemplifica-se como espécie de teoria centrada no processo a doutrina do “segundo olhar”, proposta pelo juiz Guido Calabresi.²⁰³ Analiticamente, Calabresi identifica quatro abordagens básicas da revisão judicial. Entre duas abordagens antagônicas - supremacia judicial x deferência judicial à maioria²⁰⁴ -, existem o que ele considera duas abordagens intermediárias e alternativas, que teriam, em algumas ocasiões, maior potencial metódico para não apenas salvaguardar direitos

¹⁹⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1126-1127, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁰⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1128, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁰¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1128, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁰² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1128, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁰³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1128, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁰⁴ Das quatro abordagens, a primeira, do tipo I, e a última, do tipo IV, teriam sentido opostos: a primeira é genericamente denominada de supremacia judicial; a última, de deferência judicial à maioria. CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 82-109, 1991. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

que não são adequadamente protegidos pelas legislaturas, como também reduzir a ameaça da autocracia judicial.²⁰⁵

Para ele, as duas abordagens intermediárias de revisão judicial, tipo II e tipo III, conferem ao judiciário, respectivamente, a autoridade para: declarar a inconstitucionalidade da conduta governamental somente quando esta violar o princípio antidiscriminatório; devolver a questão controversa ao legislativo para reconsideração.²⁰⁶

Assim, no que se refere à interação dialógica entre os poderes legislativo e judiciário, a revisão judicial do tipo III – doutrina do segundo olhar – permite ao judiciário devolver, para reconsideração, a conduta supostamente violadora de direitos fundamentais por parte dos órgãos governamentais. Calabresi exemplifica situações em que tenta mostrar a pertinência da medida: pressa indevida ao tomar a decisão, crise política, uso de linguagem inapropriada (quanto ao sentido ou alcance).²⁰⁷ Refere-se que as categorias mais gerais desse fenômeno é a “pressa ou irreflexão” e o “esconderijo” - caracterizado quando os representantes não estão falando genuinamente.²⁰⁸

Nesses casos, o tribunal deve invalidar a norma inconstitucional, atribuir definição provisória ao direito fundamental (que pode ser abertamente contestada no futuro pelos órgãos democraticamente eleitos) e, por fim, constranger o legislador a olhar novamente a questão, só que agora sob olhar mais atento da comunidade, circunstância capaz de promover maior responsabilidade constitucional.²⁰⁹

²⁰⁵ CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 82-83, 1991. Disponível: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²⁰⁶ CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 83-93, 1991. Disponível: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²⁰⁷ CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 83-105, 1991. Disponível: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²⁰⁸ CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 105, 1991. Disponível: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²⁰⁹ CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, p. 104-105, 1991. Disponível: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

O papel desempenhado pelo judiciário, segundo os proponentes das teorias centradas no processo, é duplo: por um lado, ao lançar mão dessas técnicas, aumenta-se o espaço deliberativo democrático; por outro, busca-se engajar os ramos políticos num debate constitucional mais franco e atento a valores constitucionais substantivos. Por sua vez, o papel correspondente dos ramos políticos é responder, aberta e fundamentadamente, às decisões judiciais, e decidir questões políticas futuras com grau adequado de deliberação.²¹⁰

Com isso, vislumbra-se a principal diferença entre a teoria do aconselhamento judicial e a teoria centrada no processo: enquanto aquela caracteriza-se como uma conduta proativa da corte, que instrui os demais órgãos sobre o raio ou curso de ação constitucionalmente legítima; esta parte do pressuposto que os legisladores, diante de nova oportunidade deliberativa, são capazes de oferecer respostas constitucionalmente adequadas às questões de constitucionalidade controversa. Em outras palavras, a função legiferante, quando exercida sem restrição de tempo, pressões eleitorais ou partidárias, sob o olhar da comunidade, direciona-se a decisões políticas tendencialmente mais consistentes e racionais à luz da Constituição.²¹¹ Será?

Embora a teoria centrada no processo procure, por meio da racionalização do processo político, conferir maior legitimidade democrática às decisões sobre o significado da Constituição, há críticas pertinentes em relação a ela, entre elas: 1) não é fornecido critério relativamente seguro ao juiz para ele aplicar regras centradas no processo ou fulminar o ato normativo em si; mesmo que o Judiciário oportunize a reconsideração, em razão do seu juízo negativo sobre o procedimento político adotado (crítica 1), na prática, dificilmente os ramos políticos levarão a efeito uma nova rodada procedimental sem custos democráticos elevados – dificuldade em revisitar decisões anteriores, perda da relevância política da questão, desinteresse em abordá-la.²¹²

²¹⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1129, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²¹¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1130, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²¹² Em sentido aproximado: BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1131, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

Em relação à primeira crítica, falta de critério seguro, seria possível acrescentar: além do procedimento legislativo previsto na constituição, há legitimidade constitucional para a corte frustrar e devolver um ato normativo do legislativo sob o argumento de que foi realizado sob “pressão eleitoral ou partidária”? Não seriam essas características do jogo político, inclusive como decorrência do debate, sem o qual não se formam consensos? Sob o aspecto prático, qual é a viabilidade, sobretudo nos países de democracia insipiente, de condicionar a decisão política a uma “deliberação adequada”? E o conteúdo do ato normativo? Basta à corte, diante de controvérsia suscitada em matéria constitucional, alegar as limitações do processo que ensejou a formação da decisão política e aguardar que o legislativo atenda a sua expectativa procedimental?

3.1.3 Minimalismo Judicial

É expressivo o desenvolvimento teórico sobre métodos de contenção judicial. Diversos doutrinadores²¹³ partem do pressuposto de que a corte deve trilhar o caminho da moderação, decidindo só o estritamente necessário, a fim de resguardar amplo espaço para a deliberação democrática por parte dos ramos políticos de governo e da sociedade.

Alexander Bickel é considerado o pioneiro em abordar o diálogo institucional destacando a íntima relação entre os princípios e o papel do judiciário.²¹⁴ Segundo Bickel, tanto a perspectiva principiológica quanto a perspectiva de conveniência política estão presentes nos atos governamentais em constante tensão, sem haver

²¹³ “Minimalism is unusual insofar as it draws support from across customary political divisions. Its advocates count such champions of opposing ideologies as Stephen Breyer and the late William Rehnquist, John Roberts and Ruth Bader Ginsberg, Cass Sunstein and Sandra Day O’Connor. Other theoreticians and practitioners of the Minimalist method have included Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter, Edmund Burke, Michael Oakeshott, James Bradley Thayer, Alexander Bickel, Samuel Alito, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, David Souter, John Harlan II (of the Warren Court), Charles Fried, Henry Friendly, David Strauss, Daniel Farber, Suzanna Sherry, and Adrian Vermeule”. SMITH, Tara. Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism. **New York University Journal of Law & Liberty**, New York, v. 5, p. 349, 2010. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066940.pdf>. Acesso em: 16 de maio 2018.

²¹⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1144, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 101-102. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

entre elas uma delimitação precisa.²¹⁵ Por não ser possível separá-las na prática, todos os atores constitucionais gerenciam em alguma medida essa tensão. E com a revisão constitucional não é diferente: também ela é dotada de elementos jurídicos e extrajurídicos. Esse reconhecimento ensejou uma teoria normativa diferenciada que não procura repudiar a participação política da corte em suas decisões, desde que ela o faça de maneira isenta e desinteressada.²¹⁶

O papel singular da corte, que representa a sua própria razão de existir, é garantir a defesa, a promoção e a evolução dos princípios.²¹⁷ Os outros ramos governamentais estão mais propensos a agir por critérios de conveniência momentânea, ao invés de efetuar juízos principiológicos de longo prazo. Em suma, a corte é a instituição com maior capacidade para: abordar questões de princípio em razão de sua posição equidistante e neutral e, com isso, perquirir o melhor da natureza humana.²¹⁸

Assim, observando a inexorável tensão entre princípio e conveniência, qual é a conduta gerencial da corte que melhor resguarda, promove e desenvolve os princípios sem comprometer o espaço democrático-deliberativo? De modo geral, na revisão judicial dos atos normativos, a corte, ao resolver o mérito, pode declará-los constitucionais ou inconstitucionais. Ambas as alternativas evidenciam uma atuação da corte, resolvendo processualmente o mérito em torno do dilema constitucional. Por outro lado, ao invés de adotar alternativas decisórias, a corte pode, prudentemente, optar por não decidir o mérito da questão: Bickel defende tal conduta, enaltecendo as virtudes passivas da corte.²¹⁹

As técnicas de não-decisão possibilitam o retorno da questão constitucional aos ramos políticos de governo e à sociedade. Com isso, as instituições

²¹⁵ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 63-64; ver também: BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. In: **Harvard Law Review** v. 75:40. Cambridge: Harvard Law Review, 1961. p. 49-50. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 101-102. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²¹⁷ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 63.

²¹⁸ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p. 24-25.

²¹⁹ BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75:40, p. 49-51, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

representativas e os atores sociais podem deliberar democraticamente sobre a questão, a fim de amadurecê-la com o tempo. O judiciário, ao não decidir a questão constitucional, lança mão do “maravilhoso mistério do tempo”, permitindo a ele uma atuação mais sóbria.²²⁰ Ao agir assim, a corte promove um diálogo socrático com os demais atores constitucionais e exerce função educacional.²²¹

Enfatizam-se a prudência e a sabedoria da corte que, como regra, deve exercer suas virtudes passivas e deixar de decidir. Com a não decisão, oportuniza-se a deliberação democrática pelos órgãos representativos e pela sociedade, cuja solução da controvérsia passa por um processo de maturação.²²² Presume-se que as decisões provenientes do debate público sejam mais estáveis, moderadas e legítimas.

Não obstante, a corte pode se deparar com questões passíveis de serem decididas com maior independência, fazendo prevalecer seu juízo com base em princípios. Bickel aponta três circunstâncias alternativas para essa decisão: quando a experiência da corte sobre o assunto for notória; quando o tino político da corte indicar que ela deve decidir; ou quando houver conhecimento razoavelmente sedimentado ao qual a corte pode recorrer – do contrário, a corte é capaz, no máximo, de provimentos provisórios.²²³

A longevidade da corte reside justamente na sua prudência de decidir não apenas sobre a constitucionalidade ou não do ato normativo, como também se o

²²⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1144, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 104. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²²¹ BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75:40, p. 50, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²²² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 106. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²²³ BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75:40, p. 77, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 106. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 de fev. de 2018.

momento para decidir é oportuno ou se há motivos para adiar a decisão; caso não seja o melhor momento, a corte deixa de decidir, relegando a controvérsia aos parlamentares e à sociedade.²²⁴

No método proposto por Bickel, a corte não se ocupa em formular as respostas propriamente corretas sobre os dilemas constitucionais, de modo que a resolução destes está condicionada à aceitabilidade da decisão aos olhos dos poderes políticos, das instituições representativas e do povo – eis aqui um dos desdobramentos do critério de oportunidade. Além disso, as técnicas decisórias propostas por Bickel, por serem avessas à codificação, dado o alto grau de sensibilidade demandada pela corte diante dos casos, prescindem de pressentimentos, conjecturas e suposições dos magistrados na escolha e aplicação de tais técnicas. Questionam-se também a legitimidade das “virtudes passivas da corte”; o quanto um tribunal contribui e fomenta o debate ao simplesmente não decidir; a plausibilidade da presunção de que o assunto não decidido manter-se-á na pauta política e despertará uma nova rodada procedimental.²²⁵

Outro autor que segue essa linha é Cass Robert Sunstein.²²⁶ Ele notabilizou-se entre aqueles que defendem a limitação da atuação jurisdicional, propugnando o que veio a denominar de minimalismo judicial – um método decisório que seria o mais apropriado para as cortes.

O minimalismo judicial propõe a mínima intervenção jurisdicional como regra. A corte deve decidir apenas o estritamente necessário para justificar o resultado de sua atuação, deixando o máximo possível não decidido.²²⁷ Com isso são reduzidos o grau de invasividade das decisões jurisdicionais no espaço público de deliberação

²²⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 109-110. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 110-111. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 de fev. de 2018.

²²⁶ Atual professor da *Harvard Law School*, é considerado um dos representantes mais notórios entre os teóricos da contenção judicial.

²²⁷ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, London. Harvard University Press, 1999. p. 3-4; SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 6-7, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

democrática, o ônus jurisdicional e a margem de erro da atuação da corte.²²⁸ A democracia é melhor preservada e promovida com o minimalismo, visto que os desacordos morais razoáveis, as questões constitucionais controversas inerentes às sociedades pluralistas e aos textos constitucionais vagos, resolvem-se pelo debate democrático travado nos espaços públicos.

Ainda de acordo com a teoria do minimalismo judicial, as decisões jurisdicionais distinguem-se conforme o grau de amplitude e profundidade. A dimensão da amplitude das decisões distingue-as em amplas ou estreitas; a dimensão da profundidade, em profundas ou superficiais. Amplas são as decisões cujos efeitos jurídicos alcançam situações outras além do caso específico a ser decidido; estreitas são as que limitam os efeitos jurídicos ao caso em questão. As decisões profundas provêm de concepções teóricas amplas para justificar suas provisões; as superficiais evitam abstrações teóricas gerais para confirmar suas conclusões.²²⁹ Na perspectiva minimalista, consideram-se apropriadas as decisões jurisdicionais estreitas e superficiais. Em decorrência, os componentes formais dessa doutrina consistem em: “deixar questões não decididas e perseguir acordos teóricos incompletos”.²³⁰

Defende-se a conduta minimalista da corte como regra. Além disso, descrevem-se situações em que o minimalismo judicial seria apropriado.²³¹ Então, quando se tratar de: questão constitucional controversa sujeita à atenção democrática consistente;²³² questões fáticas ou morais sujeitas a rápidas alterações

²²⁸ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, London. Harvard University Press, 1999. p. 40.

²²⁹ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, London. Harvard University Press, 1999. p. 5-9. Ver também: BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, ed. n. 38, p. 155, 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/51>>. Acesso em: 08 de maio 2018.

²³⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 113. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humana, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²³¹ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 28-33, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²³² Nesses casos, mesmo quando a Corte vislumbra a decisão judicial certa, tal decisão pode ensejar a reação de forças de oposição, desmobilizar os atores políticos favorecido pela decisão e até deslegitimar a corte e a causa *sub judice*. “It may produce an intense social backlash”. SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 33, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

circunstanciais; probabilidade considerável de a solução ensejar confusão em relação a casos futuros; ou quando não for preeminente a necessidade de planejamento (previsibilidade em relação ao Direito); o minimalismo judicial é adequado.

Por outro lado, excetuam-se situações que justificam a adequação de decisões maximalistas, caracterizadas como amplas e profundas.²³³ Assim, quando houver: considerável convicção de diversos juízes sobre o mérito da decisão; possibilidade de reduzir incertezas constitucionais dos ramos governamentais, dos demais tribunais e dos litigantes futuros; necessidade considerável de planejamento antecipado; ou quando o processo democrático estiver funcionando mal; nesses casos, a regra geral cede, sendo mais apropriado uma decisão maximalista.²³⁴

Em todo caso, Sunstein defende uma presunção em favor do minimalismo, considerando a “história oficial” anglo-americana. Tal presunção é considerada um “modo útil de simplificar a investigação e orientar as atitudes judiciais” numa ordem constitucional democrática.²³⁵

Uma das fragilidades da teoria é evidenciada justamente na complexidade de apreciar e confirmar as circunstâncias ensejadoras de uma determinada decisão. Exige-se da corte considerações de toda ordem. Embora se pretenda, pela teoria do minimalismo judicial, limitar o exercício da jurisdição constitucional de modo a favorecer a democracia, não há uma restrição adequada acerca do campo de análise dos tribunais, que passam a dispor de elementos probabilísticos, especulativos, utilitaristas, para a formação do juízo sobre a pertinência de uma determinada decisão, minimalista ou maximalista, de modo a causar insegurança jurídica e ampla margem discricionária ao tribunal. No fim das contas, por demandar

²³³ "Minimalism contrasts with maximalism, understood as an effort to decide cases in a way that establishes broad rules for the future and that also gives deep theoretical justifications for outcomes." SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 15, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²³⁴ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 30-33, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

²³⁵ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, p. 30-33, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

a consideração de tantos elementos para justificar a operacionalidade da teoria, terminologicamente parece contraditório chamá-la de minimalista.²³⁶

3.2 Teorias Estruturais do Diálogo

Constatar o efetivo papel desempenhado pelos diversos órgãos estatais e pela sociedade na construção do significado da constituição exige uma capacidade de percepção notável do observador. Isso se deve ao elevado grau de complexidade presente nas interações entre os atores constitucionais e sociais para definir o sentido e o alcance da norma constitucional. Estímulos recíprocos fazem parte desse processo. Alguns deles advêm de interações informais entre os atores constitucionais (sociedade civil e órgãos do estado). Enquanto outros são provenientes dos mecanismos políticos ou institucionais disponíveis pelo ordenamento jurídico, possibilitando que os atores não judiciais engajados respondam às decisões judiciais em caso de desacordo.²³⁷

O reconhecimento da existência de mecanismos institucionais estabelecidos pelo sistema constitucional fundamenta as teorias estruturais do diálogo.²³⁸ Agrupam-se nessa categoria: a teoria da construção coordenada, a teoria dos princípios, as teorias do equilíbrio e a teoria da parceria.²³⁹

As teorias agrupadas variam em relação a alguns aspectos. Dentre eles, distinguem-se as teorias que propõem uma contribuição judicial única ao diálogo daquelas que não reconhecem tal especialidade.²⁴⁰

²³⁶ Considera-se mais apropriado entendê-la como uma espécie de ativismo judicial. Segundo Lenio Streck: “o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87. Livro eletrônico.

²³⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1136, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²³⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1136, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²³⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1136-1174, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1136, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

3.2.1 Teoria da Construção Coordenada

A teoria da construção coordenada – a mais antiga das teorias que concebe a interpretação constitucional como tarefa compartilhada entre os diferentes ramos do governo²⁴¹ – vem sendo percebida e desenvolvida intensamente nos Estados Unidos, desde James Madison, Thomas Jefferson, entre outros.²⁴² Ela é apontada como uma alternativa histórica e teórica à tradição da supremacia judicial. Basicamente, a teoria, também conhecida como departamentalismo e constituição fora das cortes,²⁴³ consiste no reconhecimento de que cada esfera de poder estatal é um intérprete constitucional, não havendo sobreposição entre elas, sendo cada ramo, dentro de suas competências institucionais, supremo.²⁴⁴ Os diferentes intérpretes constitucionais são formalmente iguais, havendo a possibilidade, inclusive, de haver conflito entre eles. Por exemplo, os ramos políticos podem optar por manter seu entendimento sobre o sentido da constituição, independentemente da compreensão do judiciário sobre o tema.²⁴⁵

²⁴¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1137, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴² “While acknowledging that issues of constitutional interpretation would normally fall to the judiciary in the ordinary course of government, Madison rejected the view that judicial decisions had any unique status, as the Constitution did not provide for any specific authority to determine the limits of the division of powers between the different branches. Similarly, Thomas Jefferson considered that each branch of government must be ‘co-ordinate and independent of each other,’ and that each branch has primary responsibility for interpreting the Constitution as it concerns its own functions.” BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1137, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018. Para outros relatos históricos sugerindo que a natureza do sistema político norte-americano é representada pelo compartilhamento, entre os três poderes do Estado, do dever de interpretar a constituição, veja em: FISHER, Louis. Constitutional interpretation by members of congress. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 63, 1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol63/iss4/4>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²⁴³ Nesse sentido: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 125. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴⁴ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 80, p. 782-783, 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²⁴⁵ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 80, p. 783, 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

Louis Fisher, vanguardista da teoria da construção coordenada,²⁴⁶ esclarece que os congressistas têm o dever de defender e promover a constituição. Por isso, mesmo com todos os inconvenientes do processo político, não é justificável que o legislativo relegue ao judiciário a discussão sobre a constitucionalidade dos atos que cabe (também) àquele examinar. Tampouco as características presumidas dos órgãos jurisdicionais (isolamento, treinamento, sabedoria, habilidades técnicas, independência política) conferem a eles qualquer vantagem superior para decidir ou investigar o sentido da constituição. Aliás, cada decisão da corte sujeita-se ao escrutínio e à rejeição por parte da sociedade e dos órgãos públicos, cuja questão subjacente pode vir a ser reconsiderada e a decisão anterior revertida.²⁴⁷

Da perspectiva institucional, não há primazia entre os intérpretes. A última palavra sobre o sentido da constituição não compete a nenhum poder ou instituição; pelo contrário: num sistema democrático, enquanto as decisões controversas não alcançam um consenso deliberativo mínimo, as instituições permanecem submetidas a testes e desafios por parte das outras.²⁴⁸ Esta é a maior contribuição da teoria: apelar as preocupações com a dificuldade contramajoritária, mostrando que, na prática, não há última palavra sobre o sentido da constituição.

Critica-se a teoria com base nos seguintes argumentos: a interpretação extrajudicial é anárquica – não havendo autoridade hierárquica entre os intérpretes, compreensões distintas coexistiriam em disputa, em prejuízo da clareza normativa;²⁴⁹ irracional – instituições políticas não seriam adequadas para resolver questões de princípio;²⁵⁰ e tirânica – somente as cortes teriam vocação

²⁴⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 126. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴⁷ FISHER, Louis. Constitutional interpretation by members of congress. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 63, p. 743-744, 1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol63/iss4/4>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. p. 126. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁴⁹ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, p. 1371, 1997. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/110harv_l_rev1359_1997.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²⁵⁰ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 80, p. 808-811, 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

contramajoritária, assegurando os direitos e liberdades fundamentais das minorias.²⁵¹

3.2.2 Teoria dos Princípios Jurídicos

As teorias dos princípios jurídicos reconhecem que a sociedade orienta-se por princípios e por critérios de conveniência. À corte compete exercer um papel especial na promoção do diálogo institucional, por ser considerada a instituição apropriada em razão de sua competência institucional única para interpretar direitos, bem como defender, promover e atualizar os valores da sociedade com base em juízos normativos principiológicos. Desse modo, na dinâmica interinstitucional, diferentemente do que propõe a teoria da construção coordenada, a teoria dos princípios concebe um papel especial para o Judiciário.²⁵²

Como visto, o critério central utilizado por Bateup para associar diferentes teorias sob o rótulo *teoria dos princípios jurídicos* parte da seguinte premissa: o Judiciário tem uma capacidade institucional única da corte em iniciar a conversa e chamar a atenção da sociedade e dos órgãos representativos para valores fundamentais. Há um segundo enquadramento que subdivide o grupo em dois, a depender da concepção que se tem quanto à função do Legislativo.

Para um dos subgrupos teóricos, a falibilidade da corte no exercício da função jurisdicional enseja um sistema dialético de controle, por meio do qual mecanismos políticos podem superar o entendimento adotado por ela. Entre os exemplos do contexto norte-americano compatíveis com o sistema constitucional brasileiro, destaca-se a capacidade do Congresso de emendar a constituição, de reescrever a legislação anulada pelo tribunal, de nomear novos ministros para o STF (no Brasil a nomeação compete ao presidente da república, depois de aprovada a escolha pela maioria dos membros do Senado).²⁵³ Argumenta-se que, com a combinação dos

²⁵¹ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 80, p. 827-829, 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

²⁵² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1143, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1146-1147, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

mecanismos de controle, evidencia-se o caráter provisório das decisões judiciais, reduzindo a preocupação com a legitimidade democrática.²⁵⁴

Há uma série de críticas pertinentes a esta corrente de pensamento: as suposições empiricamente duvidosas sobre o comportamento da corte e dos órgãos representativos, como também em relação à habilidade superior do judiciário para deliberações propriamente jurídicas ou morais. A mais contundente é a contraditoriedade em defender que os ramos políticos “corrijam” as decisões do Judiciário (até então o órgão presumivelmente mais capacitado para as decisões principiológicas), sem que se proponha uma teoria da decisão por meio da qual o erro judiciário seja vislumbrado.²⁵⁵

Quanto ao segundo subgrupo – diferentemente do anterior, que enfoca os mecanismos políticos que de algum modo resistem às decisões da corte – enfatiza-se a capacidade institucional do Legislativo na formulação de políticas públicas, de modo que o diálogo ocorre quando este responde ao Judiciário, articulando os objetivos políticos mais amplos ao pronunciamento judicial de princípio.²⁵⁶ A partir da decisão judicial sobre a normatividade dos princípios constitucionais, o legislativo pode esclarecer ao tribunal e à sociedade sobre os motivos que ensejam determinada restrição a direito fundamental diante de dada circunstância, como também discutir sua adequação diante de outras alternativas que foram cogitadas e descartadas. Analisa-se a razoabilidade das escolhas políticas diante do objetivo que se busca e do parâmetro estabelecido pela Suprema Corte. Caso o ato normativo seja fulminado, retomam-se os esforços para encontrar alternativas razoáveis para alcançar o fim almejado.²⁵⁷

²⁵⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1147-1148, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1148-1151, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1151-1155, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵⁷ É importante esclarecer que a descrição dessa dinâmica fundamenta-se nos estudos de autores como Roach, Hogg e Bushell, sobre o contexto canadense, em grande parte em razão da *section 1* da Carta. Veja em: ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures. **The Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2129849>>. Acesso em: 28 fev. 2018.; HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 28 fev. 2018. Bateup entende que tal dinâmica é passível de ser aplicada aos Estados Unidos.

A vantagem da teoria, ou o desafio – a depender da efetiva existência da dinâmica descrita, ou de sua possibilidade de realização, que está condicionada à presença de um judiciário que justifique a própria centralidade e de um legislativo engajado e predisposto – consiste em propiciar uma exposição detida e aberta das razões públicas, considerando também proposições alternativas, num processo inclusivo-argumentativo, com maior participação e real capacidade de influir, algo desejável numa democracia.

Os inconvenientes da teoria são os mesmos em relação ao grupo daquelas baseadas no princípio judicial: a suposta capacidade institucional do judiciário e seu papel central no diálogo. O legislativo assume posição secundária, postura reativa, uma vez que a decisão judicial é elemento determinante que condiciona o modo de pensar política, indicando certa relutância em considerar os órgãos políticos de governo como intérpretes independentes.²⁵⁸ Isso poderia acarretar a sujeição dos órgãos representativos à interpretação da corte e até a renúncia à tarefa interpretativa por parte deles, causando prejuízo à deliberação política, com fundamento na presunção de superioridade e legitimidade jurídica da decisão do tribunal.²⁵⁹

3.2.3 Teorias do Equilíbrio

As teorias do equilíbrio partem de uma concepção alternativa sobre a maneira como a constituição ganha significado. No contexto norte-americano, autores como Barry Friedman,²⁶⁰ Robert Post e Reva Siegel,²⁶¹ embasam suas teorias descrevendo que o sentido da constituição nos Estados Unidos é proveniente de uma ampla

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1154-1155, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1156-1158, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁵⁹ Em sentido semelhante: BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1156-1158, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage. Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 28 fev. 2018.

discussão na sociedade, com a participação ativa de diversos intérpretes, judiciais e não judiciais.²⁶²

Afirma-se que a autoridade da constituição depende da legitimidade democrática do processo dialógico de conformação do sentido: por exemplo, se a corte interpreta de modo profundamente divergente do povo norte-americano, a população encontra maneiras de objetar e resistir aos julgamentos; por outro lado, a corte também pode resistir ao clamor popular e professar suas razões de direito – nesse processo de resistir, elaborar, propor, há um compartilhamento de perspectivas que, com o tempo, tendem à harmonização e ao equilíbrio.²⁶³ Segundo o relato, essa é uma das razões pelas quais a preocupação em relação à dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional não se justifica nos EUA, trata-se de uma falsa premissa.²⁶⁴

O resultado normativo-constitucional é proveniente de um amplo debate na sociedade. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional resulta da discussão aberta sobre o significado da constituição. Afirma-se que o processo de revisão judicial é um fenômeno mais amplo do que se descreve, ele é caracterizado por uma dinâmica interdependente e interativa por meio da qual os juízes e o corpo político participam do processo de significação, ou seja, os juízes não impõem irremediavelmente sua interpretação constitucional ao povo.²⁶⁵

O judiciário exerce um papel vital no diálogo. A corte constitucional, quando resolve sobre reivindicações de direito ou contesta a conduta governamental, ela desencadeia, retoma, participa, fomenta, facilita e molda o debate.²⁶⁶ Sendo que o sistema processual constitucional proporciona a participação da sociedade civil e

²⁶² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage. Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, p. 374-375, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage. Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, p. 374-375, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁴ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, p. 581-582; 586-642, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, p. 653, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁶ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, p. 654, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

dos outros ramos do governo, podem eles discordar de determinada interpretação e reivindicar outra, cabendo ao judiciário conduzir e mediar o diálogo dentro dos limites de discordância que a constituição permite.²⁶⁷ O tribunal eventualmente pode oferecer uma interpretação que seja operativa em determinado momento e com o tempo inclinar-se para outra solução.²⁶⁸

Os atores constitucionais recorrem ao tribunal para proteger e promover a constituição e para restringir o governo quando este exceder seus limites. Enquanto houver confiança nos órgãos judiciais, a autoridade judicial para fazer cumprir a constituição se fará presente; se a interpretação ou a decisão do tribunal divergir ou afrontar as convicções do povo, a possibilidade de objetar e resistir aos julgamentos exsurgirá – esse contexto de controvérsia é natural e condição para a estabilização.²⁶⁹ Post e Siegel denominam essa proposição teórico-descritiva da jurisdição constitucional norte-americana, marcada pela composição entre constitucionalismo e democracia, de constitucionalismo democrático.

O resultado da dinâmica do sistema constitucional dos Estados Unidos é que as perspectivas dos atores não judiciais podem influenciar o tribunal e vice-versa, produzindo, com o tempo, um equilíbrio constitucional relativamente duradouro e aceito pelos participantes da discussão.

Friedman, Post e Siegel concordam em vários aspectos: o engajamento da corte com o diálogo e a cultura sobre o significado da constituição; a perspectiva constitucional do tribunal se desenvolve incorporando valores e crenças dos atores não judiciais; a legitimidade da decisão depende da aceitação em longo prazo e de um equilíbrio relativamente seguro; esse diálogo é normativamente desejável, pois produz respostas consonantes com a realidade sócio-cultural.²⁷⁰

²⁶⁷ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, p. 654, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, p. 654, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁶⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage. Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, p. 374, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1159-1161, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

Quanto ao método utilizado por Friedman e por Post e Siegel, a despeito de ambos serem descritivos, o daquele embasa-se nas ciências sociais positivas, enquanto estes se utilizam principalmente de exemplos históricos e culturais.²⁷¹ A questão que poderia ser levantada é se existe tal engajamento da sociedade e até mesmo dos órgãos do estado em relação às discussões constitucionais, sobretudo em relação aos casos de baixa densidade política.²⁷² Nesses casos, a possibilidade de reversão ou de condicionamentos à decisão da corte é limitada.

Além disso, a postura política da Suprema Corte parece fazer mais sentido diante de uma constituição lacônica como a dos EUA. Uma postura equivalente no Brasil seria estranha ou (deveria ser) episódica, considerando não apenas a característica analítica da constituição brasileira, mas também a alta produção legislativa e a instabilidade do texto constitucional, que em questão de tempo terá mais emendas que artigos. É muito provável que o grau de engajamento seja mais reduzido diante de tais circunstâncias, de modo que, no Brasil, a descrição do constitucionalismo democrático aplicar-se-ia, com todas as reservas, a momentos pontuais.

Não obstante, embora a descrição seja do sistema constitucional dos Estados Unidos, há alguns elementos no Brasil compatíveis com as práticas participativas da sociedade e dos órgãos de estado nos julgamentos sobre o significado constitucional. Uma das características do modelo brasileiro é justamente a ampla legitimidade de órgãos e entidades, públicas e civis, para as ações constitucionais. A questão que se sucede é saber se, quando, em que grau, a participação dos demais atores é considerada pelo tribunal. Eis o problema.

De todo modo, mesmo sem entender precisamente o aspecto positivo das pessoas na discussão constitucional, bem como o modo e o quanto há de influência recíproca entre a sociedade e os órgãos de estado, dados das ciências sociais apontam que a decisão judicial está sujeita a cair caso não esteja alinhada em longo prazo com a opinião pública, circunstância em razão da qual o sentido constitucional

²⁷¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1161-1163, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1161-1163, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

seria mutável.²⁷³ Considera-se conveniente a conexão social-estatal na formação do significado constitucional, passando a constituição a representar o caráter e as sensibilidades de uma nação, com a possibilidade de revisão e transformação, considerando o contexto.²⁷⁴

Relaciona-se também o sentido da constituição ao aspecto cultural. Nessa perspectiva, é possível traçar uma analogia entre essa compreensão do constitucionalismo e os estudos que apontam a necessidade de criar e fortalecer uma cultura de respeito aos direitos e valores humanos como meio idôneo para a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais de uma sociedade.²⁷⁵ Uma maneira para promover o acultramento consiste justamente em conceber um sistema dialógico sobre o sentido da constituição em que se reconheça a centralidade das pessoas na discussão.²⁷⁶

A despeito da pertinente característica inclusiva, de participação, por meio da qual se evidencia a permeabilidade da corte diante de outras perspectivas sobre o sentido constitucional, permanece sem solução os casos de baixa densidade política, cuja falta de engajamento cívico e governamental²⁷⁷ faz com que decisões do tribunal venham a prevalecer sem razão em si. Embora se considere fundamental promover amplamente o debate em toda a sociedade, não obstante a improbabilidade de levar a cabo essa promoção aos casos de pouco apelo político e popular, o relato teórico subestima os aspectos institucionais do diálogo.²⁷⁸

²⁷³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1164, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1166, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1166-1167, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1167, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1167, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁷⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1169, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

3.2.4 Teorias da Parceria

As teorias dialógicas da parceria partem da concepção de que os diversos atores constitucionais contribuem de maneira distinta à discussão sobre o sentido da constituição, de modo que o papel da corte não é privilegiado – todos são concebidos como participantes iguais na tomada de decisões constitucionais.²⁷⁹ Aponta-se Janet Hiebert como a autora do relato mais proeminente sobre o diálogo como parceria. Ela se baseou no contexto canadense para formular suas proposições teóricas, embora Bateup não veja razão para não aplicar o modelo de interação institucional aos Estados Unidos e a outras nações.²⁸⁰

Ressalta-se a responsabilidade compartilhada do judiciário e dos órgãos políticos em respeitar valores e normas constitucionais, avaliando a razoabilidade das próprias ações à luz da constituição, cada qual possuindo (legislativo e judiciário), em razão do modo como estão situados e das diferentes perspectivas para a formação do próprio juízo, uma relação específica com a análise constitucional, com vantagens e desvantagens institucionais próprias.²⁸¹

A despeito de o judiciário não ser concebido como o poder mais capaz para fornecer respostas aos desacordos constitucionais com base em princípios, considera-se que ele possui algumas vantagens: o relativo isolamento da corte em relação às pressões políticas e sociais garante a ela maior liberdade para avaliar o grau de restrição aos direitos fundamentais e os efeitos colaterais que violam a constituição ou que não foram previstos na decisão política; a habitualidade em decidir as questões controversas.²⁸²

As vantagens do legislativo são: o acesso a dados e informações relevantes para a elaboração de políticas públicas voltadas a determinado objetivo; o

²⁷⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1168-1169, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1169, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1169-1171, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1170, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

conhecimento das políticas públicas existentes.²⁸³ O resultado da contribuição de ambas as perspectivas consiste num diálogo em que judiciário e legislativo – cada qual exercendo suas funções com moderação, ouvindo um ao outro, conformando seus entendimentos reciprocamente e modificando suas próprias opiniões – aprendem com as diferentes visões, tornando os escrutínios políticos e constitucionais potencialmente melhores.²⁸⁴

É possível vislumbrar algumas vantagens desta proposição teórica, sobretudo por ela recusar suposições empiricamente questionáveis sobre a superioridade moral do processo judicial; atribuir maior responsabilidade ao poder legislativo e espaço para a deliberação política no que tange a resoluções que envolvam questões constitucionais; enfatizar a responsabilidade compartilhada dos órgãos estatais na defesa e promoção da constituição.²⁸⁵

No entanto, a teoria da parceria, devido ao aspecto prescritivo do papel dos poderes, corre o risco de não se realizar em determinados contextos constitucionais, devido a fatores diversos, como: a iniciativa partidária, um tanto exagerada, de remeter as controvérsias ao judiciário; a incapacidade do legislativo ou a dificuldade substancial em responder às decisões da corte, em razão das realidades práticas e constrangimentos inerentes ao processo político, agravado nos casos em que a instituição é vista com descrédito quando comparada a outras instituições.²⁸⁶ Além disso, a teoria restringe o foco de análise às interações orgânicas intra-estatais, desconsiderando aspectos relativos à participação da sociedade no diálogo.²⁸⁷

²⁸³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1170-1171, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1171-1172, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1173-1174, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1173, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

²⁸⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1174-1175, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

3.2.5 Teoria da Fusão Dialógica

Considerando o potencial normativo e respectivas limitações das duas últimas percepções de diálogo, Bateup sugere a combinação de ambas. Assim, a fusão dialógica é resultado da combinação da teoria da parceria e do equilíbrio. Como visto anteriormente, a relação de parceria propõe que judiciário e legislativo contribuam com as suas perspectivas institucionais únicas, desenvolvendo uma interconexão em que se escutem e aprendam um com o outro para a obtenção de melhores respostas em casos específicos. A ideia de equilíbrio considera fundamental envolver os cidadãos no debate constitucional, cabendo ao judiciário facilitar e promover a discussão em toda a sociedade, no intuito de obter respostas mais duradouras e amplamente aceitas. Portanto, com a fusão dialógica, o *judicial review* assumiria essa dupla função, abrangendo aspectos institucionais e sociais mais amplos na conformação do papel de cada um dos atores (sociais e políticos) no diálogo.²⁸⁸

²⁸⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1174-1176, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento de que as decisões judiciais não são, nem deveriam ser, a última palavra sobre o sentido da constituição abre uma perspectiva importante à atuação e à responsabilidade compartilhada por todos os atores sociais e estatais na interpretação constitucional, no engajamento cívico e no processo de formação democrático-participativo do espírito constitucional de um povo. Isso porque a presunção absoluta da legitimidade das decisões do judiciário tem efeito esterelizante, é manifestação do realismo jurídico à brasileira, representada pela máxima “o direito é aquilo que os tribunais dizem que é”,²⁸⁹ um empecilho ao pensamento crítico sobre a decisão em si, a despeito da autoridade da fonte emanadora.

A separação dos poderes é um dos parâmetros prático-teóricos para vislumbrar a legitimidade do exercício das funções estatais. Evidencia-se que a ascensão do poder judiciário ao papel de protagonista nas democracias constitucionais é um fenômeno recente, à espera de assentamento. Desde o nascedouro, a teoria da separação dos poderes fundamenta-se no antigo ideal de limitar o poder. A divisão vertical do poder é obra dos modernos, proposta como um limite interno de divisão e organização das funções do estado. O contexto histórico-europeu em que se forja a teoria evidencia a (contestada) concentração de poder pelo monarca (executivo), que passa a ser confrontado pelos ideais de liberdade política, considerada possível apenas nos governos em que não se abusa do poder.

Nos Estados Unidos, a teoria da separação foi recepcionada com maior temperamento, uma separação parcial do poder, em que um órgão poderia cumular aspectos de outra função que não as suas típicas. A concepção sobre o papel do poder judiciário que prevaleceu desde os primórdios da nação norte-americana era de que cabia aos órgãos judiciais declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder público que afrontassem a constituição, forjando a um só tempo a a supremacia da constituição e o controle jurisdicional de constitucionalidade.

²⁸⁹ Sobre a desconsideração do contexto da frase quando da internalização do realismo jurídico no Brasil, ver em: TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. p. 105-114. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2019.

Muitos defensores da supremacia judicial defendem a inexorabilidade da posição suprema da corte em razão da natureza do instituto. Outros apontam a sua dificuldade contramajoritária, a natureza antidemocrática do *judicial review*.

A ascensão do poder judiciário é visto como um fenômeno global. Especificamente no Brasil, vislumbra-se uma espécie de supremacia judicial, fruto de um sincretismo teórico-jurídico. Especificamente em relação ao STF, uma mistura de “atuação política concretizadora” traduz o *modus operandi* do tribunal, sobretudo de 2002 para cá, período denominado “Corte Gilmar Mendes”.²⁹⁰ A oscilação da postura da corte sugere que o aspecto personalista sobrepõe-se ao institucional.

As teorias do diálogo constitucional sugerem o caráter dialógico do controle de constitucionalidade. Pelas teorias de abordagem predominantemente descritiva, demonstra-se que a superação das decisões judiciais é provocada pelos outros atores constitucionais. As teorias mais prescritivas concebem um modo de atuação a ser observado pelo judiciário. A maioria dos relatos descritivos das teorias do diálogo constitucional são provenientes do contexto norte-americano e do contexto canadense.

O aspecto institucional é central às teorias do diálogo constitucional (interinstitucionais). Presume-se que a participação dos demais atores é fundamental na formação do sentido da constituição, afastando ou reduzindo a dificuldade contramajoritária do controle jurisdicional de constitucionalidade. A questão central para as teorias dialógicas consiste em conceber um arranjo que permita submeter as decisões do tribunal aos influxos provenientes dos órgãos políticos e da sociedade. Fica evidente o caráter procedimentalista conformando o papel da jurisdição constitucional. A operacionalidade da dinâmica depende em grande medida de mecanismos efetivos de interação, por meio dos quais a participação dos demais atores não só seja possível, como também devidamente considerada.

²⁹⁰ FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n.1, p. 23-45, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a02v9n1>>. Acesso em 28 de maio de 2019.; TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. p. 105-114. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 de maio de 2019.

Um dos enfoques das teorias do diálogo consiste em apontar qual é papel a ser desempenhado pelos poderes e pela sociedade no controle de constitucionalidade. No que tange às decisões judiciais, não há ênfase em critérios interpretativos sobre os quais os juízes e o tribunal podem decidir. Trata-se de uma análise externa do fenômeno de significação da constituição, que pressupõe um processo de formação intersubjetiva como fundamento da legitimidade das decisões.

O potencial normativo das teorias interinstitucionais, por isso, é limitado. Se por um lado, com a rejeição à ideia de palavra final por parte do judiciário, abrem-se as portas para que os demais atores políticos e da sociedade tomem partido no processo de significação da constituição, potencializando o engajamento e a responsabilidade de todos diante de controvérsias a respeito do sentido da constituição; por outro, não há uma análise do fenômeno interno do processo de decisão judicial, de modo que o parâmetro é somente exterior, relacionado à indiferença ou aceitabilidade social ou política da decisão judicial. Com isso, a questão da legitimidade da decisão é determinada exclusivamente por elementos externos de justificação. Em suma, a “legitimidade” de uma decisão judicial passa a se fundamentar pela ausência de contestação ou repercussão negativa substancial, retornando ao realismo jurídico pela mesma porta que se abriu para refutá-lo e expondo o direito aos seus concorrentes externos.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 93:1013, n. 6, art. 5, 1984. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol93/iss6/5>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, 1997. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/schauer/110harv_l_rev1359_1997.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

ARISTÓTELES. **A Política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BICKEL, Alexander. Foreword: the Passive Virtues. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75:40, 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Locke e il diritto naturale**. Torino: Giappichelli Editore, 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, ed. n. 38, 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/51>>. Acesso em: 08 de maio 2018.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term. Forward: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105:80, 1991. Disponível em:

<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2010/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, 2001.

CASPER, Gerhard. An Essay in Separation of Powers: some early versions and practices. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, v. 30, n. 2, 1989. Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol30/iss2/3/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DIPPEL, Horst. Constitucionalismo moderno. Introducción a uma historia que necesita ser escrita. **Red. Revista Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal**, Oviedo, Historia Constitucional, n. 6, set. 2005. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027572008>>. Acesso em: 20 abril, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Golçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89. Livro eletrônico.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n.1, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a02v9n1>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

FIOVARANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Trotta, 2001.

FIOVARANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**. Experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014.

FISHER, Louis. Constitutional interpretation by members of congress. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 63, 1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol63/iss4/4> >. Acesso em: 08 de maio de 2018.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 91:577, 1993. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2398&context=mlr>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: the road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, New York, v. 73:333, n. 2, 1998. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=60449>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: GOODIN, Robert E. (General Editor); WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). **The Oxford Handbooks of Political Science**. New York: Oxford University Press, 2008.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

KATYAL, Neal K. Judges as Advicegivers. **Stanford Law Review**, Standford, v. 50, 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

KENNEY, Sally J.; REISINGER, Willian M.; REITZ, Jonh C. Introduction: Constitutional dialogues in comparative perspective. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, Willian M.; REITZ, Jonh C. **Constitutional dialogues in comparative perspective**. Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, 1999.

KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LASKI, Harold J. **El Liberalismo Europeo**. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1961.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed. atual. por Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 2017.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. 1. ed. rev. New York: Cornell University Press, 1947.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil**. Tomo II. 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OTIS, James. **Collected Political Writings of James Otis**. Edited and with an Introduction by Richard Samuelson. Indianapolis: Liberty Fund, 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage. Democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers>. Acesso em: 28 fev. 2018.

ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures. **The Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2129849>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SIEYÈS, Abade. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. 1. ed. Coyacán: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

SMITH, Tara. Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism. **New York University Journal of Law & Liberty**, New York, v. 5, 2010. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_066940.pdf>. Acesso em: 16 de maio 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, London. Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110:4, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 de maio. 2019.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los Orígenes del Estado Liberal. 1. ed. en Ensayo. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and judicial supremacy. **New York University School of Law**, New York, paper n. 14-57, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550>>. Acesso em: 28 maio de 2018.

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 80, 2002. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.