

FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA NOVA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO SEGUNDO PÓS-GUERRA: PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL, DO NEOCONSTITUCIONALISMO, DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

THEORETICAL FOUNDATIONS FOR A NEW PERFORMANCE OF JUDICIAL POWER IN THE SECOND POST-WAR: PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL SUPREMACY, NEOCONSTITUTIONALISM, THE DEMOCRATIC STATE OF LAW, AND THE SEPARATION OF POWERS

YURY VIEIRA TUPYNAMBÁ DE LÉLIS MENDES

Mestre em História Política (2019), Especialista em Didática e Metodologia do Ensino Superior (2018), Bacharel em Direito (2015) e graduando em Ciências Econômicas, todos pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Possui Pós-Graduação em Direitos Fundamentais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Direito Administrativo (PUC Minas) e Ciências Políticas (MBA Executivo pela Universidade Cândido Mendes). (E-mail: yurytupynamba.adv@hotmail.com).

AGATHE POMPERMAYER VOUMARD

Bacharela em Direito (2016) pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). (E-mail: gathepomps@hotmail.com).

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a investigação dos fundamentos teóricos que possibilitaram a transformação da atuação do Poder Judiciário, de mero aplicador da lei (positivismo), para intérprete da lei (pós-positivismo); bem como a maneira pela qual se desenvolveu o referido processo de reconstrução da doutrina constitucional no que tange ao poder judiciário.

Palavras-chave: Fundamentos teóricos; Poder Judiciário; Pós-Segunda Guerra; Neoconstitucionalismo; Pós-positivismo; Princípios constitucionais.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the theoretical foundations that made it possible to transform the performance of the Judiciary, from a mere enforcer of the law (positivism), to an interpreter of the law (post-positivism); as well as the manner in which the aforementioned process of reconstructing constitutional doctrine has been developed with respect to the judiciary.

Keywords: Theoretical foundations; Judicial power; Post-World War II; Neoconstitutionalism; Post-positivism; Constitutional principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL; 2 NEOCONSTITUCIONALISMO; 3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 4 SEPARAÇÃO DE PODERES; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, instituiu um Estado Democrático de Direito, positivando direitos e garantias fundamentais, como também os direitos sociais; estabelecendo princípios programáticos, ampliando a jurisdição constitucional e dando apoderamento às instituições, prescrevendo ainda ser o Supremo Tribunal Federal o guardião dessa mesma constituição.

Iniciado o período da História do Constitucionalismo chamado de “Constitucionalismo moderno”, verificou-se, *a priori*, em sua primeira sub-fase, a do “Constitucionalismo liberal”, a Supremacia do Parlamento, e portanto certa prevalência do Poder Legislativo. Superado este período, após o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, observou-se o agigantamento do Poder Executivo, dadas as contingências do contexto histórico do período entre guerras, tanto assim que tal sub-fase passou à história do constitucionalismo com o nome de “Constitucionalismo Social ou Entre-Guerras”. Finda a Segunda Grande Guerra, e revigorados os princípios democráticos, iniciou-se outro movimento constitucional, denominado “Constitucionalismo Contemporâneo” ou “Neo-constitucionalismo teórico-descritivo”, pelo qual a Supremacia do Parlamento cedeu espaço ao princípio da Supremacia da Constituição, numa reconstrução do direito, um amalgamamento da experiência do passado à experiência do presente, com supedâneo teórico em consagrados publicistas alemães ou austríacos, sobretudo. Nesse contexto, o Poder Judiciário ganhou especial relevância, mormente porque a este coube a interpretação e defesa das normas constitucionais, que em cujo novo movimento passaram a estruturar toda a vida jurídica e política do Estado, ao instituir o que se convencionou chamar de “Estado Constitucional de Direito Democrático”. Dessa nova espécie de estado, que sucedeu ao Estado Social (que, por sua vez, tinha sido o sucedâneo do Estado Liberal), surge fenômenos recentes que a academia e juristas ainda estão se debruçando para traçar análises mais precisas. Dentre esses fenômenos, estão a Judicialização da Política, o Ativismo Judicial e mesmo a

criação de uma nova forma de exercício do poder, denominada por alguns politistas (ou politólogos) como “Juristocracia”.

É que, num contexto onde a Constituição, situada no ápice da pirâmide jurídica, se torna o fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico, sendo a “lei das leis”, a lei fundamental de um estado, o estatuto jurídico-político de uma nação politicamente organizada, a noção de Supremacia Constitucional seria inevitável. E foi, com efeito, uma construção doutrinária; juristas bradaram, remodelaram seus pensamentos, abandonando seus princípios hermenêuticos exegéticos, codicistas, positivistas, para, abraçando a corrente pós-positivista, propugnarem por uma nova hermenêutica constitucional, dando papel de protagonista à constituição no palco do ordenamento jurídico.

O modelo tradicional europeu de constituição, enxergava tal estatuto apenas como um documento político, programático, dotado de orientações à atuação do legislador ou do administrador, convocando-os para conforme seus preceitos agirem, porém tal documento não era dotado de aplicabilidade direta e imediata, de modo que os direitos nela estampados não eram irradiados diretamente a partir da Constituição, senão somente a partir do momento em que o legislador intermediava, ao regulamentar o que previsto nas normas constitucionais. Se é que se podia falar de normas constitucionais; senão apenas de orientações programáticas, princípios programáticos constitucionais.

Mas isso cessou com o reconhecimento da força normativa da Constituição, como hoje a conhecemos, sobretudo a partir dos últimos 50, 60 anos no mundo e 20, 30 anos no Brasil; sendo certo que, na atualidade, as normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente, claro que no limite de sua densidade jurídica. Embora isso possa parecer óbvio para as gerações coevas, tratou-se de verdadeira revolução jurídico-doutrinária, inclusive para o Brasil, desde a promulgação de sua Carta Cidadã.

Outra mudança de paradigma situada dentro desse marco teórico também se faz salutar para a presente análise, qual seja, a da expansão da jurisdição constitucional, tanto no mundo, de uma maneira geral, quanto no Brasil, de um modo particular, como nos ensina o hoje ministro Luís Roberto Barroso:

No mundo, depois da 2ª Guerra Mundial venceu o modelo norte-americano de constitucionalismo, que é fundado na centralidade da Constituição, no controle de constitucionalidade e, portanto, na supremacia judicial, porque o controle de constitucionalidade é feito por um órgão judicial. O modelo europeu tradicional era de centralidade da lei e de supremacia do parlamento, porque como não havia controle de constitucionalidade. A última palavra acerca da interpretação da Constituição era dada pelo parlamento. Portanto, a partir de 1948, 50, na Europa, de uma maneira geral, este modelo de centralidade da lei e de supremacia do parlamento é historicamente derrotado pelo modelo de centralidade da constituição e de supremacia judicial na interpretação da constituição¹.

A partir desse novo movimento constitucional, expandiu-se o conceito da supremacia constitucional, que encontra amparo no núcleo rígido da constituição, permitindo assim a ocorrência do controle de constitucionalidade, que veio a encontrar guarida também na Europa continental ocidental. O Brasil, no entanto, desde a primeira constituição republicana, já adotara o sistema norte-americano de controle incidental de constitucionalidade por todos os órgãos judiciais. Porém, foi a partir da Carta de 1988 que o controle de constitucionalidade ganhou especial relevância na *Terrae Brasilis*, tanto o controle *incidenter tantum*, que foi mantido; mas também o controle por via das ações diretas dos processos objetivos, que notavelmente foi expandido, cabendo destaque à ampliação dos legitimados ativos previstos no artigo 103 da Constituição da República. É nesse contexto que a jurisdição constitucional passa a desempenhar um papel de grande distinção no mundo, de maneira geral, e no Brasil, de maneira específica.

Insta se atentar, por imperativo, outro fator que também exerceu fundamental papel para a transformação do constitucionalismo e criação desse novo movimento neoconstitucionalista. Trata-se da Nova Hermenêutica Constitucional, que veio a empregar a técnica de cláusulas gerais, instituir a normatividade dos princípios (que têm força axiológica), reconhecer as colisões de normas constitucionais (sejam normas de princípios, sejam normas de direitos fundamentais), estabelecer a necessidade da ponderação como técnica de decisão, como também propugnar pela reabilitação da argumentação jurídica como fundamento de legitimidade das decisões criativas do Poder Judiciário.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *In*: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=3>

Ora, tudo isso enrobusteceu o Poder Judiciário, de vez que, suprema a constituição, incidental o controle de suas normas com exclusividade do poder judicante, só poderia este, nessa nova fase do Constitucionalismo, reclamar para si a preponderância sobre os demais poderes.

1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Conforme pontuamos, a ideia da supremacia da Constituição é fenômeno recente na ciência jurídica, que data da segunda metade do século XX. Anteriormente, inexistiam meios institucionais de sobreposição da lei constitucional à vontade do Parlamento. De modo que, a Supremacia da Constituição só veio a se firmar no pós-Segunda Guerra, em substituição à noção da supremacia do Parlamento, a qual, para Gilmar Mendes,

não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional. Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta. A defesa da Constituição terminava por ser entregue, com algumas palavras de grandiloquência retórica, ao próprio povo. A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do Parlamento. Essa concepção de supremacia incontestável do Parlamento debilita o valor efetivo da Constituição, que não se encontra, nesse contexto, protegida contra o Legislativo. A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juizes, vistos como adversários potenciais da Revolução (...) Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei².

Mas, superada essa fase, conforme pontuamos alhures, a supremacia do parlamento cedeu espaço à supremacia da constituição, cuja significância encontrará, ainda no ensinamento do ministro Gilmar Mendes, em seu *Curso de Direito Constitucional*, as seguintes lições:

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51-52.

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta³.

Como já dito, da rigidez constitucional emana, como “primordial consequência”, o *princípio da supremacia da constituição*, que não poderia se sustentar senão a partir do núcleo rígido da constituição. Para José Afonso da Silva, a *rigidez constitucional* decorre “da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”⁴, sendo, para Pinto Ferreira, a “pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político”⁵. Isso significa dizer que:

A constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas⁶.

Para o professor Kildare Gonçalves Carvalho,

A idéia de rigidez revela a chamada supremacia ou superlegalidade constitucional, devendo todo o ordenamento jurídico conformar-se com os preceitos da Constituição, quer sob o ponto de vista formal (competência para a edição de ato normativo e observância do processo legislativo previsto para a elaboração da norma jurídica), quer sob o ponto de vista material (adequação do conteúdo da norma aos princípios ou preceitos constitucionais)⁷.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45.

⁵ apud SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 157.

Cabe dizer que a doutrina faz distinção entre a *supremacia material* e a *supremacia formal*. Porém, a primeira é reconhecida como valor axiológico, do ponto de vista sociológico, como uma rigidez sócio-política, sendo, portanto, reconhecida até mesmo nas constituições costumeiras e flexíveis. Do ponto de vista jurídico, no entanto, só a *supremacia formal* que será levada em conta, de vez que é esta que se apoia na rigidez, “de que é o primeiro e principal corolário”⁸, conforme também firma entendimento o jurista mineiro, desembargador Kildare Gonçalves Carvalho:

O controle da constitucionalidade das leis, como garantia da Constituição, está, pois, intimamente relacionado com a concepção de Constituição rígida (a que demanda processo especial para sua emenda, diverso do processo legislativo de elaboração das leis ordinárias), embora a concepção de supremacia da Constituição seja inerente também à de Constituição flexível, mas nesse caso, trata-se de superioridade material, já que a superioridade formal é revelada pelo caráter rígido das Constituições⁹.

A soberania do estado brasileiro, sob a conjuntura neoconstitucionalista de nosso estado constitucional de direito democrático, repousa, portanto, em nossa Constituição Federal, de que é guardião o poder judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

O neo-constitucionalismo é um movimento teórico social, político, jurídico e até mesmo ideológico que tem por escopo a revalorização do direito constitucional, ressignificando o papel da constituição no sistema jurídico, dando-lhe nova abordagem. Esse movimento vem ganhando força a partir da segunda metade do século XX, quando se observou a ineficiência do estado legal, e tem por finalidade se refundar o direito constitucional tendo por base premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, operando uma transformação do estado legal (*estado de direito*) para o estado

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 46.

⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 157.

constitucional (*estado constitucional de direito democrático* ou simplesmente *estado democrático de direito*). Países europeus, ao observarem a incapacidade do velho constitucionalismo atrelado ao culto ao legislador e o fetiche à lei de evitar o surgimento de regimes totalitários, após o fim da segunda guerra, procurou romper com o autoritarismo e sacramentar o compromisso de seus povos para com a paz e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos. Nesse contexto, podemos elencar a Itália (1947), a Alemanha (1949), Portugal (1976) e a Espanha (1978), só para exemplificar. Dado esse contexto, foi necessário ir além da modificação do texto constitucional, urgindo também uma nova postura hermenêutica na interpretação das normas constitucionais.

Resumi bem Inocêncio Mártires Coelho¹⁰, ao lecionar que esse novo constitucionalismo configura-se por meio dos seguintes aspectos: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação”. É a irmanação do pós-positivismo com o neo-constitucionalismo teórico-descritivo. Luís Roberto Barroso aponta como características do neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de novos métodos e técnicas na hermenêutica constitucional.

Dirley da Cunha Jr. enxergará o neoconstitucionalismo como um novo pensamento constitucional que é voltado “a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política”¹¹. Atrela a esse movimento o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*, que se deveu ao fracasso do *Estado Legislativo de Direito*.

O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 34.

sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa. Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli, a validade das leis, que no paradigma do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora da validez, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isso porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas¹².

Pedro Lenza, após chamar o neo-constitucionalismo de “constitucionalismo pós-moderno”, remeterá às palavras de Walber de Moura Agra, para quem

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva (...) o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A “Constituição como valor em si”. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais¹³.

A seguir, Pedro Lenza apontará como pontos marcantes do neoconstitucionalismo: a) o fato de ser a constituição o centro do sistema; b) o fato de a norma jurídica ser dotada de imperatividade e superioridade; c) a carga valorativa (axiológica) incorporada pela

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 35.

¹³ AGRA apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

constituição, com destaque para a dignidade da pessoa humana e para os direitos fundamentais; d) a eficácia irradiante em relação aos Poderes e mesmo aos particulares; e) a concretização dos valores constitucionalizados; e f) a garantia de condições dignas mínimas.

Ainda Pedro Lenza, apontando para a instituição de um Estado constitucional de direito, a partir do advento do movimento do neoconstitucionalismo, dirá que

Supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição¹⁴.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O conceito de *Estado de Direito* surgiu como a expressão jurídica da democracia liberal, que não sobreviveu sem ter sido objeto de debates de sua sintonia para com a sociedade democrática após a superação do liberalismo. Nesse período, também poder-se-ia falar de *Estado Liberal de Direito*, cujas características pairavam na submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais, sendo essas, em verdade, grandes conquistas da civilização liberal¹⁵.

Porém, houve concepções deformadoras de seu conceito, em razão de sua plurissignificância, como também polissêmico é a própria ideia que se tem do Direito. Por essa razão Carl Schmidt foi levado a assinalar que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra “Estado”:

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116-117.

Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico. Disso deriva a ambiguidade da expressão *Estado de Direito*, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material¹⁶.

Nestes casos, adotou-se comumente a concepção formal desposada também por *Forsthoff*, que leva à ideia de um *Estado de Justiça*, cuja matriz se encontra no conceito hegeliano do *Estado Ético*; porém que nada tem a ver com Estado submetido ao Poder Judiciário, que é um elemento importante do Estado de Direito¹⁷. É também incompleto (e, portanto, incorreto) confundir o Estado de Direito com a ideia de *Estado Legislativo* ou de Legalidade, muito embora o princípio da legalidade constitua importante elemento do conceito de Estado de Direito, porém nele não se realizando completamente. Também *Kelsen*, num sincretismo entre Estado e Direito, fez parecer que todo Estado necessariamente seja Estado de Direito, concepção essa que vai mais ao encontro da ideia de mero *Estado Legal*. A seguir, muitos estados afirmaram se constituir em estados sociais de direito, cujo conceito também não é unívoco, abarcando estados tanto quanto diferentes entre si num mesmo rótulo, sendo lícito elencar a Alemanha nazista, a Itália facista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a Quarta República Francesa e o Brasil Vargasista; o que fez Paulo Bonavides concluir “que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”¹⁸. Daí *Forsthoff* afirmar que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional. Exsurge, daí, que “o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza *Estado Democrático*”¹⁹, de vez que este se funda no princípio da soberania popular, visando a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. O *Estado Democrático*, conforme ensina Dalmo de Abreu Dallari, funda-se em torno de três pontos fundamentais: a) *supremacia da vontade*

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 117.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 205-206.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 121.

popular; b) preservação da liberdade; e c) igualdade de direitos²⁰; isto é, vinculado à democracia, é informado pelos princípios da maioria, da igualdade e da liberdade.

Mas o *Estado Democrático de Direito* vai além da coadunação formal dos conceitos de *Estado Democrático* e de *Estado de Direito*, significando na verdade a criação de um novo conceito, que inclui os conceitos dos elementos componentes, indo, porém, mais além.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir (...) O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana²¹.

Dirley da Cunha Jr. entende o Estado Democrático de Direito como a síntese de um movimento tendente a orientar o Estado de Direito a realizar os postulados da Democracia, sendo, portanto, um Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados²².

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 128.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123-124.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 420.

4 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Ao *Barão de Montesquieu* se atribui a sofisticação do princípio da separação dos poderes, embora se reconheça a primazia a *Aristóteles*, em sua obra *Política*, que, ao construir sua teoria política a partir do exame de várias constituições concretas, distinguiu a assembleia geral (deliberação), o corpo de magistrados (mando) e o corpo judiciário (julgamento), propugnando por uma constituição mista como a melhor de todas, de vez que só ela tem em conta, ao mesmo tempo, as várias partes constitutivas da sociedade, isto é, os vários grupos ou classes sociais, os ricos e os pobres²³.

Ainda na História das Idéias Políticas, *Locke* e *Bolingbroke* formularam uma teoria da separação de poderes a partir da realidade constitucional inglesa, apontando *Locke*, em seu *Segundo tratado do governo civil*, para a existência de três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Federativo, não se olvidando da existência de um quarto poder, que consiste na “Prerrogativa, que compete ao monarca, para a promoção do bem comum, onde houver omissão ou lacuna da lei (*the Power of doing public good without a rule*)”²⁴.

O que *Locke* e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de *Montesquieu* foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como *Poíbio*, que era também historiador, passando por *Hume*, *Hobbes*, *Locke*, *Bacon*, *Maquiavel* – historiador, filósofo, político e sociólogo –, *Rosseau* e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de *Montesquieu*, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas²⁵.

²³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 105.

²⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 105.

²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 187.

Paulo Bonavides faz menção também a *Marsílio de Pádua* no *Defensor Pacis*, onde já percebera a natureza das distintas funções estatais; como também à Escola de Direito Natural e das Gentes, com *Grotius*, *Wolf* e *Puffendorf*, pela qual se fala em *partes potentiales summi imperii*, que se aproxima bastante da distinção estabelecida por Montesquieu. “Em Bodin, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito”²⁶.

No capítulo VI do Livro XI de seu *O Espírito das leis*, denominado “Da Constituição de Inglaterra”, o *barão de Montesquieu et de La Bréde* trata do princípio da separação dos poderes, no qual ele acrescenta a função judicial (sem, no entanto, mencionar o termo poder judiciário) às já conhecidas funções legislativa e executiva. *Charles-Louis de Secondat* ainda acrescenta a essencialidade de se garantir a edição das leis e sua execução, “de modo que fiquem orgânica e pessoalmente separadas, pois só assim será preservada a supremacia da lei ou um regime de legalidade, como condição de liberdade e de segurança do cidadão”²⁷.

Montesquieu formulou ainda a técnica do equilíbrio dos três Poderes, distinguindo a faculdade de estatuir da faculdade de impedir, em razão da dinâmica dos Poderes, antecipando assim a noção da técnica dos freios e contrapesos (*checks and balances*): o veto utilizado pelo Executivo é um exemplo da faculdade de impedir ou frear proposta legislativa²⁸.

Benjamin Constant, por seu turno, também teorizará sobre a separação dos poderes, apregoando para uma quádrupla divisão, pela qual haveria o poder real, o poder executivo, o poder de representação da continuidade, o poder de representação da opinião e o poder de julgar.

Não sendo o princípio da separação dos poderes prévio à Constituição, senão uma construção a partir desta, este princípio ganhou consistência no século XVIII como contrabalanço ao absolutismo monárquico, que deu unificação política ao estado soberano do

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 136.

²⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 106.

²⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves, *Op. cit.*, p. 106.

século anterior, sucedâneo que foi este à sociedade medieval dispersada. Porém, o advento da burguesia e da empresa capitalista não poderiam se compatibilizar com as práticas absolutistas de intervencionismo estatal, que deveria ceder lugar à liberdade nas ordens econômica, social e política. Daí o brado do *Laissez-faire!* Daí também a correlação do princípio da separação dos poderes com o estado liberal, que passou a executar tal princípio como um dogma seu, chegando os franceses a declararem, no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”²⁹.

O princípio da separação dos Poderes, como se verificou, tem raízes históricas, pois foi elaborado e alcançou expansão numa época em que se buscava preservar os direitos individuais, mediante a limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o exercício da liberdade: a um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade. Se, contudo, aceitarmos a tese de que o poder do Estado é uno, não podemos falar em separação de Poderes. Devemos aceitar o fenômeno, isto sim, da separação ou distribuição de funções desse Poder uno. É que, na realidade, a cada órgão ou complexo de órgãos corresponde uma função estatal materialmente definida. E tais funções são: função legislativa, função executiva e função jurisdicional³⁰.

Montesquieu apontava para a inexistência de hierarquia entre os Poderes do Estado, o que diverge do pensamento de autores como *Locke* e *Rousseau*, para os quais haveria a supremacia do Poder Legislativo, tese que sustentou, por muito tempo, o princípio da supremacia do parlamento, muito presente no constitucionalismo moderno europeu, mais precisamente durante a sub-fase do constitucionalismo liberal, que sucedido pelo constitucionalismo social, viu perder a preponderância do poder legislativo para o poder executivo.

Também *Loewenstein* formulou sua divisão tripartite das funções estatais, denominando-as de *policy determination*, *policy execution* e *policy control*, nas quais se encontra o ponto principal do regime constitucional.

²⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 106.

³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Op. cit.*, p. 106.

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que os vários centros do poder sejam pautados por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)³¹.

Trazendo para a Constituição brasileira de 1988, o professor José Afonso da Silva trará que o princípio da divisão de poderes é

Um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu art. 2º que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Expressam, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes* (respectivamente, nos arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135)³².

Por derradeiro, insta constar, conforme leciona Paulo Bonavides, que

estabeleceu Kant um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão. Insistindo na “majestade” dos três poderes, sempre postos numa alta esfera de valoração ética, Kant afirma que o legislativo é “irrepreensível”, o executivo “irresistível” e o judiciário “inapelável”³³.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 71.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 140.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num contexto de Constitucionalismo Liberal, o positivismo jurídico, de braços dados à escola da exegese, concebia o papel do judiciário como mero aplicador da lei, de vez que reinava o princípio da Supremacia do Parlamento e, aliado a isso, os revolucionários franceses³⁴ “devotavam especial desconfiança aos juízes, vistos como adversários potenciais da Revolução”, como assevera Gilmar Mendes³⁵.

Já no período do Constitucionalismo Social, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, propugnando por um formalismo jurídico próprio da escola positivista, ressignificou o papel jurídico da Constituição, ao atribuir-lhe a condição de fundamento da validade jurídica das normas do ordenamento jurídico. Assim, cumpridos requisitos formais, a norma tornar-se-ia válida, e por conseguinte deveria ser cumprida. No entanto, a História, como repositório das experiências humanas e sociais, não demorou em demonstrar o perigo a um apego estritamente formal, dissociado de um conteúdo axiológico “minimamente ético”, conforme os supedâneos teóricos de jusfilósofos como Jeremy Bentham, Georg Jellinek e Gustav Radbruch. E o exemplo maior desse perigo é por todos conhecido: as atrocidades contra-humanitárias dos regimes totalitários Nazi-fascistas e comunistas – e a obra “Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal” (1963), da filósofa Hannah Arendt, demonstra muito bem isso.

Neste contexto, torna-se imperativa a superação do pensamento juspositivista, o que dá azo ao advento da Escola Pós-Positivista, onde o Judiciário não mais apenas aplica a lei, mas também a interpreta, não com mera subsunção do fato à norma, senão pela valoração da norma a partir do fato. Eis a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale. E eis que, sob essa nova roupagem hermenêutica, surge o movimento neoconstitucionalista, que empodera o Poder

³⁴ Que, juntamente com os ingleses e com os revolucionários americanos, são os pais do constitucionalismo liberal.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

Judiciário, tornando-o o novo guardião da Constituição, a despeito do Poder Legislativo – e, assim, sai vitorioso o princípio da Supremacia da Constituição, e por conseguinte o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição Brasileira de 1988: interpretações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Recebido em: 23/11/2018 / Aprovado em: 14/22/2019