

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO DA SILVA WINTER

**FUNÇÕES DO ESTADO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE FORMA
CUMULADA OU SEPARADA**

Porto Alegre

2017

EDUARDO DA SILVA WINTER

**FUNÇÕES DO ESTADO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE FORMA
CUMULADA OU SEPARADA**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2017

W784 Winter, Eduardo da Silva, 1979-
As funções do Estado e o Controle de Constitucionalidade de Forma
Cumulada ou Separada:
Eduardo da Silva Winter – 2017.
128p.

Orientador: Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, Brasil, 2017.

1. Funções do Estado. 2. Controle de Constitucionalidade.
3. Segurança Jurídica. 4. Jurisdição Ordinária. 5. Precedentes.

Cdd: 342

**FUNÇÕES DO ESTADO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE FORMA
CUMULADA OU SEPARADA**

Dissertação apresentada por Eduardo da Silva Winter em _____ de _____
de 2017 perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, ênfase Direito
Público, como requisito para a obtenção do grau de mestre. Foi submetida à banca
examinadora, que lhe atribuiu a nota: _____, considerando, portanto:

() aprovado, com o grau correspondente: _____.

() reprovado, com o grau correspondente: _____.

Aprovado em: _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Examinador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior

Examinador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Examinador: Prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira

Dedico esta dissertação a minha esposa e meus filhos.
Àquela, pois sempre esteve e estará ao meu lado, por mais tempo que o tempo possa medir.
A estes, que são a motivação para tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel, pela orientação valorosa e persistente; mas, mais que isso, pelo convívio acadêmico e por propiciar o estudo e o crescimento que atingi com o curso de Mestrado; na esperança de ter estado a altura das expectativas do mestre.

Agradeço ao Professor Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior, pela indescritível oportunidade de poder estar ao lado do mestre de todos nós, bem como aos Professores Dr. Marcelo Schenk Duque e Dr. Rodrigo Valin de Oliveira pelas contribuições ao aperfeiçoamento do texto.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela oportunidade de aprendizado e pesquisa.

Agradeço a todos os demais mestres que, de alguma forma, compartilharam seus ensinamentos e propiciaram a pesquisa resultante nesta dissertação.

Agradeço aos colegas de curso pelo convívio e, especialmente, pela troca de experiências acadêmicas, sem o que, a presente dissertação não seria a mesma.

RESUMO

A dissertação aborda a evolução doutrinária e a identificação das Funções do Estado, entendidas estas como o meio para o atingimento dos fins do Estado; bem como a especificidade de cada uma das funções identificadas. Como premissa inicial se apresentam as Funções do Estado e a racionalidade inerente à divisão sugerida, identificando-se seis funções, a saber: administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora. A seguir explora especificamente a função de controle de constitucionalidade e as opções institucionais de controle separado, com a instituição do Tribunal Constitucional, ou cumulado, com a fusão das funções jurisdicional e de controle no Poder Judiciário; as respectivas origens, justificativas e fundamentos. Os efeitos de cada uma das opções institucionais (controle de constitucionalidade cumulado ou separado) serão a abordagem principal, especialmente os problemas decorrentes da opção de controle cumulado de constitucionalidade e seus reflexos na segurança jurídica e no Estado Democrático de Direito. Por fim, será abordada a mitigação dos problemas do controle cumulado de constitucionalidade através da adoção da técnica dos precedentes.

Palavras chave: 1.Funções do Estado; 2.Controle de Constitucionalidade; 3.Segurança Jurídica; 4.Jurisdição Ordinária; 5.Precedentes.

ABSTRACT

The essay discusses the doctrinal evolution and the identification of State Functions, understood as the means to achieve the ends of the State; also the specificity of each of the functions identified. As an initial premise the functions of the State and the inherent rationality of the suggested division are presented, identifying six functions: administrative, jurisdictional, governmental, legislative, moderating and controlling. The following specifically discusses the constitutional control function and the institutional options for separate control, with the establishment of the Constitutional Court, or cumulated, with the merger of the jurisdictional and control functions in the Judiciary Power; the respective origins, justifications and fundamentals. The effects from each of the institutional options (cumulative or separate constitutional control) will be the main approach, especially the problems arising from the option of cumulative control of constitutionality and its effects on legal certainty and the Democratic State of Law. Finally, it will be approached the mitigation of the problems of the cumulated control of constitutionality through the adoption of the precedent technique.

Keywords: 1.State Functions; 2.Constitutionality Control; 3.Legal Security; 4.Ordinary Jurisdiction; 5.Precedents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – AS FUNÇÕES DO ESTADO

I. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO	13
I.1. IDENTIFICAÇÃO DE UMA DIVISÃO VERTICAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO (EXECUÇÃO, DELIBERAÇÃO E CONTROLE)	14
I.2. IDENTIFICAÇÃO DE UMA DIVISÃO HORIZONTAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO (JURÍDICO E POLÍTICO)	18
I.3. AS CONTRIBUIÇÕES DE HANS KELSEN	21
I.4. AS CONTRIBUIÇÕES DE KARL LOEWENSTEIN	23
II. DELIMITAÇÃO MODERNA DAS FUNÇÕES DO ESTADO	27
II.1. NÍVEL EXECUTIVO DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....	28
II.1.a) Função Administrativa	28
II.1.b) Função Jurisdicional	34
II.2. NÍVEL DELIBERATIVO DAS FUNÇÕES DO ESTADO	36
II.2.a) Função Governamental	36
II.2.b) Função Legislativa	38
II.3. NÍVEL CONTROLADOR DAS FUNÇÕES DO ESTADO	40
II.3.a) Função Moderadora	41
II.3.b) Função Controladora ou Corretiva (Controle de Constitucionalidade)	47
II.4. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS FUNÇÕES DO ESTADO	49

CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO DE CONTROLE COM MODELO SEPARADO

III. A OPÇÃO DO MODELO SEPARADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE	51
III.1. AS ORIGENS DO MODELO SEPARADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE	52
III.2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELA FUNÇÃO DE CONTROLE DE FORMA SEPARADA	58
III.2.a) Objeto da Função de Controle Realizada pelo Tribunal Constitucional	59
III.2.b) A Atuação do Tribunal Constitucional como “Legislador Negativo”	66

III.2.c) As Principais Técnicas Empregadas na Função de Controle pelo Tribunal Constitucional	72
III.2.c.1) Declaração de Nulidade da Lei	73
III.2.c.2) Interpretação Conforme a Constituição	75
III.2.c.3) Decisões Aditivas	76
III.2.c.4) Declaração de Constitucionalidade	77
III.2.c.5) Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronuncia de Nulidade	79
III.2.c.6) Decisões de Apelo ao Legislador ou Diálogo Institucional	81

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO DE CONTROLE COM MODELO CUMULADO

IV. A OPÇÃO DO MODELO CUMULADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE	83
IV.1. O MODELO CUMULADO DE CONTROLE E A FUSÃO NA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO DAS FUNÇÕES CONTROLADORA E JURISDICIONAL	83
IV.2. A INCOMPATIBILIDADE DE A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA REALIZAR CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	86
V. PROBLEMAS DECORRENTES DA FUNÇÃO DE CONTROLE NO MODELO CUMULADO E RESPECTIVOS DESDOBRAMENTOS	91
V.1. A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	92
V.2. O PROBLEMA DO CASO CONCRETO E SUA INFLUÊNCIA NO CONTROLE CUMULADO	97
V.3. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO E O ATIVISMO JUDICIAL ESTIMULADO PELA CUMULAÇÃO DA FUNÇÃO DE CONTROLE	102
V.4. A FUNÇÃO DE CONTROLE NO MODELO CUMULADO E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES: SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO	109
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

INTRODUÇÃO:

O presente estudo tem por objetivo analisar o controle de constitucionalidade dos atos normativos sob os modelos clássicos de separação e cumulação da função de controle, mediante a, respectivamente, outorga da função de controle exclusivamente a um Tribunal Constitucional ou com a fusão da função de controle outorgando esta à jurisdição ordinária.

Como premissa necessária à adequada compreensão das questões a seguir sugeridas, por primeiro realizaremos a análise das funções do Estado em uma perspectiva macro, para além das funções de controle e de jurisdição. Neste ponto abordar-se-á a evolução científica das funções do Estado até o que hoje entendemos ser o estado da arte neste tema, com a identificação das seis funções estatais, divididas em seus respectivos níveis, a saber: no nível concreto alocam-se as funções administrativa e jurisdicional, no nível abstrato encontram-se as funções governamental e legislativa, e, a seu turno, no nível controlador, restam as funções moderadora e controladora.

Nesta senda, na análise das funções do Estado procuraremos esmiuçar cada uma delas no intuito de delimitar com a maior precisão possível suas inerentes atribuições no arranjo institucional de um Estado racional. Esta fixação clara será imperiosa para o exato entendimento dos defeitos institucionais que Estados mal organizados podem apresentar, bem como será fundamental para a compreensão das ponderações que serão lançadas acerca do controle de constitucionalidade nos modelos cumulado e separado.

Ao analisarmos o controle de constitucionalidade no modelo separado, a abordagem pretendida se iniciará com a identificação do surgimento deste modelo e dos fundamentos que moldaram sua idealização, notadamente os embates doutrinários entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT na primeira metade do século XX. Esta abordagem é relevante para demonstrar o que e como o ideal do controle separado de constitucionalidade visava proteger, premissa esta que até hoje, em sua essência, resta presente.

No tocante ao controle de constitucionalidade separado faremos também uma investigação acerca do Tribunal Constitucional e da natureza de suas atribuições no arranjo institucional racional proposto pela hexapartição das funções do Estado. Para tanto, a abordagem pretendida é buscar os ideais originários de atuação do Tribunal Constitucional como legislador negativo para partir a uma análise mais moderna de suas atribuições como guardião da ordem constitucional. Abordagem também necessária será o estudo das técnicas próprias de atuação do Tribunal Constitucional no controle separado de constitucionalidade, no intuito de demonstrar a aptidão destas para o atingimento escorreito das finalidades desta

instituição; bem como, para, a seguir, cotejar estas técnicas com o modelo de controle cumulado de constitucionalidade.

Abordaremos, em sequencia, o controle cumulado de constitucionalidade, entendido este como a atribuição da função de controle à jurisdição ordinária em fusão com suas atribuições habituais. Para tanto, fixaremos as premissas deste modelo no intuito de demonstrar como e porque alguns Estados optam por esta organização institucional. Baseando-se nas premissas lançadas na primeira parte acerca da hexapartição funcional do Estado, procuraremos demonstrar a potencial incompatibilidade da fusão e da adoção irrestrita do modelo cumulado de controle de constitucionalidade.

Desta sugerida incompatibilidade surgem alguns problemas decorrentes da opção pelo modelo cumulado, os quais serão abordados no intuito de demonstrar as consequências advindas destes problemas. A segurança jurídica será enfocada e faremos uma abordagem dos efeitos decorrentes do controle cumulado sobre ela, especialmente na análise da unicidade do ordenamento jurídico, indagando se e como o controle cumulado afetaria a segurança jurídica. A questão de o controle cumulado basear-se no caso concreto e não na análise abstrata da constitucionalidade também será objeto de análise; neste ponto, abordaremos o possível problema da cumulação com o rechaço do ato normativo pelo mesmo juízo (jurisdição ordinária) que, no mesmo ato, deveria aplicar o ato normativo ao caso concreto.

Em uma análise sequencial, trataremos dos limites inerentes à jurisdição ordinária (à função jurisdicional), notadamente sua adstrição à juridicidade e sua proibição de ingresso na tomada de decisões políticas, e o possível estímulo que o controle cumulado de constitucionalidade pode representar à ultrapassagem destes limites naturais, dando margem à possível tomada de decisões políticas no lugar de decisões jurídicas, ao que chamaremos de ativismo judicial.

Por fim, a abordagem última que realizaremos será uma análise do modelo cumulado de constitucionalidade sob uma opção institucional que privilegie a técnica dos precedentes vinculativos, ou seja, que proporcione a mitigação da possibilidade de a jurisdição ordinária realizar controle de constitucionalidade em qualquer caso concreto.

CAPÍTULO 1 – AS FUNÇÕES DO ESTADO

I. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

A intenção deste capítulo inicial é traçar premissas baseadas na evolução da doutrina acerca das funções do Estado, esmiuçando o que disseram relevantes filósofos e doutrinadores ao longo do desenvolvimento da Ciência Política.

Por óbvio, a bibliografia acerca do tema é inesgotável e as matrizes doutrinárias abordadas neste tópico foram selecionadas com base em um corte metodológico que procurou dividir as respectivas doutrinas pelo fator temporal, bem como pela relevância teórica.

O que se entende por funções do Estado são os diversos meios que o Estado utiliza para atingir, de forma eficiente, seus fins. Estes, que demandariam um estudo apartado, podem ser entendidos, em apertadíssima síntese, como sendo o bem comum da sociedade¹.

Desta forma, as funções do Estado são o meio utilizado por este para atingir seu fim genérico: o bem comum da sociedade. Assim, as funções são as atividades do Estado destinadas ao atingimento de seus fins. Nos dizeres de autorizada doutrina:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e por isso o Estado tem de desenvolver

¹ Como dito, os fins do Estado demandariam análise monográfica apartada, o que tornaria invencível o propósito do presente. Por tal razão, o foco restará mantido nas funções do Estado. Todavia, algumas referências acerca dos fins do Estado são importantes para delimitar os referenciais teóricos que irradiam efeitos sobre o presente estudo. Ver: JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. pp. 234 e seguintes. Deste clássico acerca dos fins do Estado destaca-se o capítulo VIII, na íntegra. Ver: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. Primeira publicação em 1955. pp. 143-144. Ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 19. *Verbis*: “A finalidade do Estado é servir à pessoa, isto é, voltar-se totalmente (absolutamente) à realização de sua dignidade e de seus direitos fundamentais (fim último ou mediato), proporcionando as condições sociais necessárias – o bem comum (fim próximo ou imediato)”. Do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b. p. 36. *Verbis*: “A finalidade própria e específica do político está na manutenção da unidade da coletividade, na ordem vista como concórdia interna e segurança externa”. Ainda do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002a. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. pp. 55-59. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012a. pp. 20-21.

certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chamam funções².

Importante se destacar que as funções do Estado não significam uma divisão do Poder deste. O Poder estatal é uno³, o que se dividem são as funções no intuito de melhor se buscar os fins do Estado (bem comum). Mais adiante se retomará este ponto, ao se atribuir na segunda parte deste capítulo o atual estágio de evolução das funções estatais e sua divisão entre os Poderes estatais constituídos.

Estas funções estatais, e suas diferentes nuances, sofreram diferentes abordagens ao longo da doutrina política e, como já mencionado supra, passaremos a tecer considerações acerca de alguns filósofos/doutrinadores que contribuíram de forma decisiva para o atual estágio da ciência política no que concerne às funções do Estado⁴.

I.1. IDENTIFICAÇÃO DE UMA DIVISÃO VERTICAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO (EXECUÇÃO, DELIBERAÇÃO E CONTROLE):

A identificação de um corte vertical nas funções do Estado pode ser atribuído a JOHN LOCKE⁵. Sua principal obra é o clássico *Two Treatises of Government*, publicado pela primeira vez em 1690⁶. Referido filósofo tem como característica marcante sintetizar os ideais liberais de sua época, sendo atribuído a ele a ruptura entre o Estado unitário e o Estado com funções (Poderes) divididos, como forma de controlar o poder do Estado⁷, pondo em prática

² CAETANO, 2010, p. 148.

³ MALBERG, R. Carré de. **Teoría General Del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922. pp. 249 e seguintes.

⁴ A doutrina clássica e contemporânea é inesgotável acerca dos fins e funções do Estado. Para os limites deste ensaio se elegeram os referenciais a seguir reproduzidos, deixando-se excluídos (sob pena de ultrapassar os limites metodológicos), por exemplo, Montesquieu (século XVIII) e Aristóteles (em tempos mais remotos). Recomenda-se a análise: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748. Neste ver o Clássico Livro XI, Capítulo VI. Recomenda-se a análise: ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Neste ver Capítulo I.

⁵ Ver: CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*. pp. 101-115.

⁶ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**.

os ideais liberais de abstenção do Estado frente a direitos do cidadão. Também é notória sua obra no que concerne à teoria contratualista de formação da sociedade⁸.

Em uma leitura mais apressada da obra de JOHN LOCKE, poder-se-ia concluir que ele simplesmente segregou o Poder Legislativo, levando a efeito a supremacia deste⁹ em relação ao Poder Executivo. Todavia, a análise mais aprofundada da obra de JOHN LOCKE nos mostra que ele vai mais adiante. Não apenas separa o Legislativo do Executivo, mas identifica, dentro deste, mais de uma função estatal¹⁰. Este é o ponto que nos importa para o presente estudo e que passaremos a explorar.

Além de identificar a função legislativa típica, como função de deliberação da sociedade, JOHN LOCKE identifica funções diversas que ele encampa dentro do Poder Executivo¹¹, são elas¹²: (a) a função executiva típica, entendida esta como a função de aplicação das leis vigentes; (b) a função federativa¹³, tida como a função de representação externa do Estado; e (c) a função de prerrogativa, entendida como uma função de decisão política de última instância, tal como ocorre hoje com a função moderadora. Este panorama de organização do Estado, sob o enfoque funcional, na obra de JOHN LOCKE, e não simplesmente a análise dos Poderes estabelecidos, vem muito bem representada na obra de J. J. GOMES CANOTILHO, em seus dizeres:

São Paulo: Malheiros, 2015d. p. 22. *Verbis*: “John Locke é que irá afirmar e dar contornos precisos ao pensamento liberal, como campeão das aspirações da burguesia, na afirmação dos direitos iminentes ao homem nos conflitos com o Estado. Locke era defensor intransigente da propriedade privada, por ele mais valorizada do que a própria liberdade. O contrato social, que os homens celebram ao sair do estado de natureza, tem por fim principal a conservação da propriedade. Mas, se o grande objetivo que os homens perseguem ao ingressar na sociedade civil, pelo contrato social, é gozar suas propriedades em paz e segurança, o grande instrumento para que isso se realize são as leis estabelecidas nessa sociedade. Assim, a primeira e fundamental lei positiva de qualquer comunidade é o estabelecimento do Poder Legislativo. É este o ponto culminante das ideias liberais de Locke, onde a distinção entre função legislativa e executiva adquire caráter instrumental, destinando-se a frear o Poder do Estado”.

⁸ SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 72.

⁹ ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Volume II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*. p. 102.

¹⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 57.

¹¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como Poder**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. pp. 56-59. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

¹² Acerca das funções executiva, federativa e de prerrogativa em JOHN LOCKE, ver também: PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. pp. 73-74.

¹³ DELGADO, Miguel Satrústegui Gil. Acción y Pensamiento Político de John Locke: del Conformismo a la Revolución. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 160, pp. 43-68. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. p. 57.

John Locke (1632-1704), nos seus célebres *Two Treatises of Government* (1690), pode ser apontado como um dos autores que, de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes. A nível funcional aponta quatro poderes, por ele designados legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, cujas funções se reconduziriam à criação de regras jurídicas (legislativo), à aplicação/execução destas regras no espaço nacional (executivo), ao desenvolvimento de relações externas e de direito internacional (federativo), e à tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerra e estados de emergência (prerrogativo)¹⁴.

Em uma análise conclusiva, podemos afirmar com segurança que a obra de JOHN LOCKE¹⁵ não apenas divide Legislativo de Executivo; mas vai mais além, ao tratar do campo

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 580.

¹⁵ Os clássicos textos de JOHN LOCKE merecem reprodução. As reproduções serão compiladas recomendando-se a pesquisa da íntegra. Todos os textos extraídos de LOCKE, 2005, pp. 514 e seguintes. Ao identificar a bipartição dos poderes e as funções legislativa, executiva e federativa, reproduzimos parte do **Capítulo XII do Segundo Tratado**: *“O poder legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros. (...). O poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam; o que para elas é uma obrigação nova e mais restritiva, para que tenham o cuidado de elaborá-las visando o bem público. Porém, como as leis são elaboradas de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução ou assistência, é necessário haver um poder permanente, que cuide da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes. E assim acontece, muitas vezes, que sejam separados os poderes legislativo e executivo. Existe em todo o Estado um outro poder, que pode ser chamado de natural, por se tratar daquele que corresponde ao poder que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade. Pois, muito embora os membros de uma sociedade política sejam ainda pessoas distintas umas das outras e, como tais, sejam governadas pelas leis da sociedade, com referência ao resto da humanidade eles formam um único corpo, que está, como antes estava cada um de seus membros, ainda no estado de natureza em relação ao resto da humanidade. (...). De modo que, segundo esta consideração, a sociedade política como um todo constitui um corpo único em estado de natureza com respeito a todos os demais estados ou pessoas externas a este corpo. Este contém, portanto, o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas e, se alguém quiser, pode chama-la de federativo. Sendo entendida a questão, o nome é-me indiferente. Esses dois poderes, o executivo e o federativo, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos. E embora esse poder federativo, bem ou mal gerido, possa ser de grande importância para a sociedade política, é muito menos possível de ser dirigido por leis antecedentes, fixas e positivas que o executivo e, por isso, deve necessariamente ser deixado à prudência e à sabedoria daqueles em cujas mãos se encontra, para ser gerido em favor do bem público. (...). Embora, como já disse, os poderes executivo e federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes. Como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinadas, ou que os poderes executivo e federativo sejam depositados em pessoas que podem agir separadamente, com o que a força do público estaria sob comandos diferentes, o que poderia causar, num momento, ou outro, desordem e ruína”*.

funcional de atuação do Estado, estabelecendo funções múltiplas dentro do Executivo, embora as mantendo agregadas em um mesmo Poder.

Transportando a doutrina de JOHN LOCKE para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados adiante), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical de funções do Estado, identificando níveis de execução (executivo¹⁶), de deliberação (legislativo¹⁷), e de moderação ou controle (no que ele denominou de funções federativa e prerrogativa¹⁸).

Embora temporalmente posterior à obra de JOHN LOCKE, merece destaque a identificação das funções do Estado em diferentes níveis verticais na clássica doutrina de MONTESQUIEU. Assim como LOCKE, MONTESQUIEU apresenta a divisão funcional do Estado (e não apenas sua divisão em Poderes como hodiernamente se coloca), com a identificação de funções e não apenas de Poderes.

A divisão funcional do Estado pode ser identificada em sua obra ao analisar-se a separação que ele faz entre Direito das Gentes, Direito Político e Direito Civil¹⁹. Tais “Direitos” equivaleriam, por assim dizer, aos níveis de controle, deliberação e execução, identificados em LOCKE.

Avançando, no **Capítulo XIV do Segundo Tratado** o filósofo em exame identifica a função de prerrogativa (p. 528 e seguintes da obra citada): *“Onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discricção daquele que detenha o poder executivo. Pois não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo o quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prever e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme exijam o bem e a vantagem do público; mais ainda, é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo, ou, antes, a essa lei fundamental da natureza e do governo, a saber, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade devem ser conservados. (...). Esse poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela é o que se chama prerrogativa.”*

¹⁶ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

¹⁷ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

¹⁸ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função moderadora. Neste caso a função moderadora sofreria uma espécie de divisão, sendo o poder federativo a atividade moderadora voltada para questões externas do Estado; e o poder de prerrogativa a atividade moderadora voltada para questões internas do Estado.

¹⁹ MONTESQUIEU, 1996, pp. 15-17. Livro I, Capítulo III.

I.2. IDENTIFICAÇÃO DE UMA DIVISÃO HORIZONTAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO (JURÍDICO E POLÍTICO):

A merecer destaque pela identificação de campos horizontais distintos das funções do Estado traz-se a obra de GEORG JELLINEK. Sua principal obra foi *Allgemeine Staatslehre*, cuja primeira edição data de 1900²⁰.

Se LOCKE, como sugerimos, fez a identificação de funções verticais (execução, deliberação e controle – embora não as alocando cada uma em um Poder distinto), GEORG JELLINEK fará a identificação tanto da divisão vertical como horizontal das funções²¹.

Fará isso identificando os níveis abstrato e concreto (ou imediato)²² das funções do Estado, entendendo-se o nível abstrato como o nível deliberativo e o nível concreto como sendo o nível de execução (corte vertical)²³; mas, indo além, ele propõe um corte horizontal, dividindo os dois campos verticais em um corte horizontal onde se estabeleceriam dois campos: jurídico e sociocultural (por que não político?).

Esta criação de quatro quadrantes das funções estatais (abstrata-jurídica; abstrata-sociocultural; concreta-jurídica; concreta-sociocultural) vem esmiuçada de forma categórica por CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao analisar a doutrina de JELLINEK²⁴; em suas palavras:

²⁰ JELLINEK, 2012.

²¹ Ver: REVERBEL, 2012a, pp. 24-26.

²² JELLINEK, 2012, p. 539.

²³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Número 3, pp. 7-18. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 8.

²⁴ Quem de forma muito precisa analisa, de forma sucinta, a teoria de JELLINEK é o jurista português MARCELLO CAETANO. CAETANO, 2010, pp. 150-151. *Verbis*: “Para JELLINEK o Estado põe-se fundamentalmente dois fins: 1º o estabelecimento e a tutela do Direito (fim jurídico); 2º a afirmação da força e o incremento da cultura (fim cultural). E quais os meios por que procura alcançar? Também por dois: 1º estabelecendo regras abstratas, as normas; 2º atuando concretamente para alcançar objetivos individualizados. Combinando estes modos de atuar com os fins obtêm-se as funções do Estado pelo modo seguinte: a) a definição e imposição de regras abstratas para realizar qualquer dos fins do Estado constitui a função legislativa; b) a definição de direitos incertos ou contestados nos casos concretos, segundo processo rígido, para atingir o fim jurídico do Estado, constitui a função jurisdicional; c) a realização de objetivos concretos, pelas mais variadas formas, para preencher o fim cultural, constitui a função administrativa. Concluída essa análise JELLINEK verificou que havia atos do Estado que ficavam de fora de qualquer destas funções, como a guerra, por exemplo: então criou a categoria das atividades extraordinárias do Estado que se caracterizam por estarem subtraídas a qualquer regra jurídica. Em virtude da distinção das funções do Estado, os atos praticados pelos órgãos dele também se classificam materialmente em leis, atos administrativos e decisões judiciais. Mas, acrescenta por fim, em todas as funções do Estado há a distinguir uma atividade livre e uma atividade vinculada: esta, a vinculada, traduz o cumprimento de deveres jurídicos enquanto aquela, a livre, é unicamente determinada pelo interesse geral sem nenhuma regra jurídica a limite. A atividade

Dois são os níveis formais de atuação estatal: (a) um nível destacado e acima da realidade concreta, dentro do qual o Estado estabelece regras ou normas abstratas, para que possa, a posteriori, nelas fundado, agir faticamente sobre a vida objetiva; e (b) o nível da realidade concreta e imediata, no qual o Estado age, de modo direto, para enfrentar situações e problemas reais que a ele competem, movido por normas, em conformidade a elas e dentro de seus limites. Em suma: (a) um nível normativo abstrato e superior; e (b) um nível concreto de ações individualizadas a fins determinados. Como se vê, o nível concreto está hierarquicamente submetido ao nível normativo. Ele distingue, também, dois campos materiais de atuação ou tarefas do Estado: (a) o campo jurídico, no qual a missão do Estado é estabelecer e defender o direito positivo; e (b) o campo sociocultural, no qual o Estado tem por finalidade afirmar o seu poder e, principalmente, desenvolver a cultura²⁵.

JELLINEK aloca em cada um dos quadrantes acima sugeridos as seguintes funções específicas²⁶: (a) jurisdição, correspondente ao concreto-jurídico; (b) administração, correspondente ao concreto-sociocultural; e (c) legislação, cumulando o abstrato-jurídico com o abstrato-sociocultural.

Aqui cabe um pequeno aprofundamento quanto ao item (c) mencionado no parágrafo anterior. Ao manifestar-se acerca da legislação, JELLINEK menciona que esta cumularia as funções legislativa (abstrato-jurídico) e de governo (abstrato-sociocultural), sendo que o nível abstrato, a primeira vista, não estaria dividido; ou seja, apesar de manter ambas dentro do que denomina legislação, ele identifica que são funções independentes²⁷.

A ausência de separação expressa entre o abstrato-jurídico (legislação) e o abstrato-sociocultural (governo) na teoria de JELLINEK, chegou a ser, de certa forma, lamentada por CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, ao afirmar, comentando a teoria, o seguinte: *“bem que poderia ter cingido a função legislativa à normação abstrata no campo jurídico e tentado*

livre é predominantemente na legislação; constitui parte muito importante da administração onde toma o nome de governo; é diminuta na jurisdição pois são restritos os poderes discricionários do juiz”.

²⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. p. 144.

²⁶ JELLINEK, 2012, p. 540.

²⁷ JELLINEK, 2012, p. 546. *Verbis*: *“La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de gobierno y el de ejecución. Aquél contiene la iniciativa y la reglamentación; este la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divide, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y otro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinarias del Estado. El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuido a estos órganos cuando a ellos corresponde el poder supremo”.*

*descobrir a função correspondente (por que não a governamental?) para a normação abstrata no campo sociocultural*²⁸.

Todavia, na obra de JELLINEK, embora tenha fixado sua doutrina aos padrões acima expostos – com a identificação dos níveis abstrato (deliberação) e concreto (execução), há algo a mais nas entrelinhas que poderíamos afirmar ser uma espécie de intuição de um nível ainda superior a estes: o de nível controle, acima dos níveis concreto (execução) e abstrato (deliberação). Neste sentido:

Uma releitura da obra de JELLINEK poderia intuir um terceiro nível vertical de atuação do Estado. Ele deixa – nas entrelinhas de sua obra, e por uma interpretação extensiva do texto – transparecer um nível acima das ideologias, um poder supremo de direção do governo, o órgão mais alto do Estado. Pensa JELLINEK nas democracias parlamentares, representadas pela figura do Chefe de Estado. O outro nível seria o governo, que para ele estava autônomo da administração²⁹.

Esta intuição da necessidade de um nível superior depreende-se da análise sistemática do texto de JELLINEK (especialmente os capítulos VIII e XVIII da *Allgemeine Staatslehre*). O doutrinador sob exame identifica (ou intui) esta necessidade ao mencionar um possível conflito entre Poderes e a necessidade de uma resolução deste conflito com caráter unificador e moderado (o que hoje seria o papel das funções de controle – funções moderadora e de controle de constitucionalidade)³⁰. Todavia, a forma de resolução deste hipotético conflito dada por JELLINEK não foi a criação de um Poder apartado, mas sim a sobreposição de um dos Poderes em conflito. Nas palavras do próprio:

En los conflictos hondos entre la administración y el poder legislativo, podría el Estado, en muchas ocasiones, encontrarse detenido en su actividad, y estos casos **no** pueden ser resueltos mediante la construcción de un poder legal para los conflictos de Estado, sino por la elevación de uno de los órganos en lucha con el Estado, de suerte que asuma el carácter de unificador, y al atribuirse la plenitud del poder, decida la lucha. Ante la realidad política que se muestra en tales conflictos, quedan en suspenso todas las teorías relativas a la igualdad de los poderes³¹.

Identificou JELLINEK o problema da necessidade de um árbitro no arranjo político para exercer uma função pacificadora, unificadora, moderadora dos conflitos inerentes aos Poderes do Estado. Todavia, como atribuir tal faculdade de árbitro a um dos Poderes envolvidos no conflito? Qual seria a imparcialidade deste Poder envolvido para exercer tamanha

²⁸ SOUZA JÚNIOR, 2003, p. 145.

²⁹ REVERBEL, 2012a, p. 26.

³⁰ Ver: JELLINEK, Georg. *Das Recht der Minoritäten*. Berlin: Vorlag Häring, 1898. *Passim*.

³¹ JELLINEK, 2012, p. 544.

responsabilidade com sabedoria e isenção? Em suma, a identificação do problema é brilhante, mas a solução empregada somente foi lapidada com o avanço das teorias acerca das funções do Estado (como se verá adiante)³².

Transportando a doutrina de GEORG JELLINEK para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste capítulo), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical e horizontal de funções do Estado, identificando dois níveis e dois campos distintos: (a) nível abstrato (ou deliberativo), contendo (a1) abstrato-jurídico³³ e (a2) abstrato-sociocultural³⁴ (que fusionou ele na função legislativa, embora identificando a função de governo); (b) nível concreto (ou executivo), contendo (b1) concreto-jurídico³⁵; e (b2) concreto-sociocultural³⁶.

I.3. AS CONTRIBUIÇÕES DE HANS KELSEN:

Na evolução da análise das funções do Estado merece destaque a obra de HANS KELSEN. Dentre sua vasta bibliografia (cujo estudo completo seria invencível para os objetivos do presente estudo) destacamos a obra *General Theory of Law and State*³⁷, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1945.

Já vimos que um dos maiores contributos de JELLINEK para a evolução do estudo das funções do Estado foi identificar os campos jurídico e sociocultural (ou cultural, ou não-jurídico, ou político). KELSEN irá justamente avançar no campo jurídico, sendo sua maior contribuição a identificação clara de três níveis hierárquicos do ordenamento jurídico: nível superior, nível primário e nível secundário³⁸.

³² Embora JELLINEK tenha dado esta solução aos conflitos entre Poderes (a sobreposição de um sobre o outro e não a intervenção de um Poder neutro), o próprio teórico aponta para a existência de atividades atípicas do Estado (ele menciona como exemplo a declaração de guerra e paz) que não estariam entre as funções por ele elencadas (nos níveis abstrato-deliberativo e concreto-executivo). Logo, o próprio doutrinador intui a necessidade de um nível superior àqueles que expressamente vêm delimitados em sua obra. Mas isso não diminui a obra de JELLINEK, em absoluto. JELLINEK, 2012, p. 540.

³³ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

³⁴ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função de governo.

³⁵ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional.

³⁶ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

³⁸ KELSEN, 2005, Capítulo XI, pp. 181 e seguintes.

No nível superior está a Constituição e sua função de ordenação e controle do ordenamento³⁹ (e conseqüentemente do Estado), no nível primário estão as normas abstratas e sua função deliberativa⁴⁰, e no nível secundário estão as normas individuais criadas em nível concreto pela função executiva (jurisdicional ou administrativa)⁴¹. Esta hierarquização do ordenamento e conseqüentemente das funções do Estado na obra de KELSEN vem assim sintetizada pela doutrina:

A originalidade de KELSEN na teoria dos fins e funções do Estado foi ter enxergado níveis ou graus hierárquicos no ordenamento jurídico. O pensamento KELSENIANO, mais lógico que teleológico, mais de cima para baixo que de baixo para cima, fez com que víssemos os fins e funções do Estado por uma nova perspectiva. Para ele as funções do Estado seriam três. No processo de criação e execução das normas jurídicas, dentro do ordenamento jurídico, devem ser considerados três níveis hierárquicos: (1) grau superior ou fundamental; passando pelo (2) grau primário ou legislativo; chegando ao (3) grau secundário, via processo judicial ou administrativo⁴².

Desta forma, KELSEN entende que o ordenamento jurídico, com sua estrutura piramidal, seria uma criação/execução do Direito até se chegar a sua aplicação concreta⁴³. Assim, o nível superior (a Constituição) cria as bases (poderíamos chamar de consenso?) do ordenamento (e conseqüentemente do próprio Estado); o nível primário, por sua vez, executa a Constituição e cria a legislação de forma abstrata; o nível secundário, por seu turno, executa

³⁹ KELSEN, 2005, p. 182. *Verbis*: “A constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”.

⁴⁰ KELSEN, 2005, p. 187. *Verbis*: “As normas gerais estabelecidas pela via da legislação ou pela via do costume formam um nível que vem a seguir ao da constituição na hierarquia do Direito. Essas normas gerais devem ser aplicadas pelo órgãos competentes, em especial pelos tribunais, mas também pelas autoridades administrativas”.

⁴¹ KELSEN, 2005, pp. 195-196. *Verbis*: “A doutrina tradicional considera como aplicação de Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Quando soluciona uma disputa entre duas partes, ou quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral de Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido. Essa norma individual está relacionada às normas gerais assim como um estatuto está relacionado à constituição. Desse modo, a função judicial é, como na legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito”.

⁴² REVERBEL, 2012a, p. 30.

⁴³ CAETANO, 2010, p. 154.

a legislação abstrata ao caso concreto e cria uma norma individual àquele caso; norma individual esta que por sua vez é executada em concreto⁴⁴.

Estabelecidos estes níveis de funcionalidade estatal, no campo eminentemente jurídico, a doutrina de KELSEN tem como maior avanço a identificação de um direito constitucional jurídico (e não apenas político) e sua correspondente função de controle (corretiva) no campo jurídico⁴⁵, com a criação (atribuída a KELSEN) do Tribunal Constitucional tal como hoje concebido⁴⁶.

Transportando a doutrina de HANS KELSEN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que este avançou significativamente na divisão vertical das funções do Estado no campo eminentemente jurídico, identificando níveis de execução da ordem jurídica em concreto (nível secundário⁴⁷), de criação da ordem legal (nível primário⁴⁸), e de controle jurídico (nível superior, sendo ele o criador da moderna teoria do Tribunal Constitucional⁴⁹).

I.4. AS CONTRIBUIÇÕES DE KARL LOEWENSTEIN:

De contribuição decisiva para a moderna formação das funções do Estado foi a doutrina de KARL LOEWENSTEIN. A obra que serve de base à análise aqui proposta é *Political Power and the Government Process*⁵⁰, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1957.

⁴⁴ KELSEN, 2005, pp. 194-195.

⁴⁵ SOUZA JÚNIOR, 2005, p. 8.

⁴⁶ Acerca da doutrina do Tribunal Constitucional, do jurista em exame, ver: KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. *Passim*. Ainda do mesmo autor sobre a questão do Tribunal Constitucional, ver: KELSEN, Hans. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31. *Passim*.

⁴⁷ No modelo atual proposto na segunda parte deste capítulo, corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa. Aqui KELSEN, de certa forma, não empresta um caráter eminentemente político à função administrativa, tratando ela como execução jurídica das leis, tal como o faz a função jurisdicional, também localizada no nível executivo.

⁴⁸ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

⁴⁹ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função controladora (controle de constitucionalidade).

⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political Power and the Government Process*. Primeira publicação em 1957.

A grande contribuição de LOEWENSTEIN⁵¹ foi ter trabalhado de forma bastante aprofundada a divisão dos níveis de funções do Estado⁵², aos quais chamou de *policy execution* (nível vertical executivo), *policy determination* (nível vertical deliberativo) e *policy control* (nível vertical controlador)^{53 54}.

No nível executivo das funções do Estado, estaria a *policy execution* de LOEWENSTEIN. Tomada a decisão política pelo nível deliberativo (em abstrato), caberia então a este nível executivo a realização (em concreto) desta decisão.

A administração cumpre os comandos do nível deliberativo (eminente aqueles emanados do governo) tornando concretos estes perante os cidadãos, através de seu corpo técnico e burocrático. Por seu turno, a jurisdição cumpre estes mesmos comandos do nível deliberativo (eminente aqueles emanados do legislativo) tornando concretos estes perante os cidadãos através da resolução de conflitos individuais pelos magistrados. Nos dizeres do autor:

Bajo la categoría de ejecución de la decisión política, se comprende llevar a la práctica dicha decisión. La ejecución de la decisión puede alcanzar cualquier campo de las actividades estatales; frecuentemente consiste en la ejecución de la legislación. (...). La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surge con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado ejecutivo. (...). Para este fin, la función de la ejecución política está equipada con un plantel de personas – funcionarios, burocracia gubernamental – que aplican al caso concreto las normas generales de la legislación. En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo. (...). Dado, pues, el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal. (...). Los tribunales lo harán al resolver los casos concretos de conflictos de intereses, así como al controlar ampliamente la legalidad de la administración, es decir, si la actividad administrativa se encuentra de acuerdo con la ley⁵⁵.

No nível deliberativo das funções do Estado, estaria a *policy determination* de LOEWENSTEIN. É a tomada de decisão política em abstrato.

⁵¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Regimes Políticos. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 583-585.

⁵² FERREIRA FILHO, 2006, pp. 136-137.

⁵³ O autor inverte a ordem de análise, iniciando pela *policy determination*, para passar à *policy execution* e depois analisar a *policy control*. LOEWENSTEIN, 1976, p. 62. Isso porque, na sua teoria primeiro haveria a deliberação, para depois esta deliberação ser executada de forma técnica, e, finalmente, ambas serem controladas.

⁵⁴ REVERBEL, 2012a, p. 35.

⁵⁵ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 66-68.

Este seria o nível de ebulição política tendo como resultado a tomada de decisões determinantes para os rumos da sociedade e para o próprio Estado. Através do dissenso a sociedade processa toda esta efervescência política para, ao final, emanar suas decisões políticas determinantes que serão executadas pelo nível executivo (pela *policy execution*). É aqui a manifestação do que hoje se entende por governo e parlamento, o primeiro estabelecendo as políticas públicas de acordo com a vontade da sociedade, e o segundo tornando estática⁵⁶ através da Lei a vontade política do povo. Nas palavras do autor:

La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. (...)Es evidente que las decisiones políticas fundamentales serán iniciadas y conformadas por un número relativamente pequeño de personas. (...). Aunque las decisiones políticas están frecuentemente inspiradas e influidas por detentadores del poder invisibles, su formulación y realización están en las manos de los detentadores del poder legítimos, es decir, del gobierno y, en su caso, del parlamento. Según sea el tipo de gobierno, la iniciativa partirá del gobierno o del parlamento. Pertenece, sin embargo, a la esencia del constitucionalismo que en un determinado momento del proceso del poder tenga que darse por lo menos una colaboración entre el gobierno y el parlamento⁵⁷.

No nível controlador das funções do Estado, a doutrina é completada pela *policy control* de LOEWENSTEIN. É controle político exercido sobre os demais níveis.

Aqui o jurista em exame aloca as funções de controle, com a tarefa de limitar e moderar o poder do Estado. No entanto, ele apresenta este nível superior, aparentemente, de forma mais ampla que as tradicionais funções moderadora (Chefia de Estado) e controladora (Tribunal Constitucional). Ele foca sua teoria especialmente na questão da responsabilidade política (como a possibilidade de voto de desconfiança do governo, o que estaria, pela disposição mais conservadora, no nível intermediário das funções do Estado).

LOEWENSTEIN traz que a principal forma de controle do poder político seria pela divisão das funções entre diferentes poderes e respectivos órgãos⁵⁸. Isso representaria a tradicional fórmula de que o poder controla o poder (*checks and balances*). Mas, como dito, ele vai mais além, ao afirmar que apenas esta “auto regulação” não seria suficiente,

⁵⁶ Expressão feliz utilizada para descrever este fenômeno é usada por CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao mencionar que Direito é política coagulada (amparando-se em KLAUS STERN). Ou seja, a política que é dinâmica sofre um processo de coagulação (metaforicamente) para se tornar Direito (no sentido positivo – Lei) e se revestir de caráter estático. SOUZA JÚNIOR, 2002a, p. 38.

⁵⁷ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 63-66.

⁵⁸ LOEWENSTEIN, 1976, p. 69.

estabelecendo formas concretas de controle⁵⁹, o que ele denominou de *policy control*. No original:

El mecanismo más eficaz para el control de poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida. La distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los checks and balances – frenos y contrapesos –, o, como dijo Montesquieu en fórmula famosa, le pouvoir arrête le pouvoir. (...). En este punto es necesario hacer una importante aclaración: la distribución del poder político y el control del poder político no son dos categorías iguales, sino que se diferencian. La distribución del poder significa en sí un recíproco control del poder. (...). Pero la distribución del poder no agota la esencia de controlar el poder. Aparte de las indicadas, existen unas técnicas del control autónomas que el detentador del poder puede usar discrecional e independientemente; el detentador del poder es libre de aplicarlas, es decir, puede hacerlo, pero no está obligado a ello. Así, pues, estas técnicas no aparecen necesariamente en el proceso político. Se puede citar como ejemplos: el voto de no confianza del parlamento al gobierno; el derecho del gobierno a disolver el parlamento; el derecho del electorado a rechazar en un plebiscito una ley emitida por el parlamento y por el gobierno; el veto del presidente americano a una ley del Congreso; el derecho judicial a controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso o del Parlamento⁶⁰.

Quem de certa forma sintetiza a doutrina de LOEWENSTEIN com precisão ímpar é CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR:

Contribuição que não pode deixar de ser mencionada, por abrir horizontes para um plano bem mais amplo, é a de KARL LOEWENSTEIN. Este classifica as funções políticas também em três: (a) policy determination (a função de tomar decisões políticas conformadoras ou fundamentais, como aquelas do poder constituinte, do electorado, do Governo e do Parlamento, que afetam fortemente a vida política, religiosa e econômico-social); (b) policy execution (a função de executar as decisões políticas conformadoras, cabendo, entre outros, ao Legislativo, ao Governo, à Administração e ao Poder Judiciário); a (c) policy control (a função de exercer fiscalização horizontal e vertical sobre o exercício do poder), onde se inserem, p. ex., a responsabilização política do governo, a dissolução da Câmara (no parlamentarismo) e o controle de constitucionalidade⁶¹.

Transportando a doutrina de KARL LOEWENSTEIN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que a contribuição decisiva para o crescimento da teoria das funções do Estado foi aprofundar os níveis verticais de funcionalidade estatal, através do estabelecimento do que ele chamou de *policy*

⁵⁹ REVERBEL, 2012a, p. 38.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 68-72.

⁶¹ SOUZA JÚNIOR, 2003, p. 143.

*execution*⁶² (nível concreto/próximo), *policy determination*⁶³ (nível abstrato/intermediário) e *policy control*⁶⁴ (nível último).

II. DELIMITAÇÃO MODERNA DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

Feita a análise das doutrinas apresentadas na primeira parte deste capítulo, e demonstrada a relevância de cada uma delas para a evolução do estudo das funções do Estado, cumpre transportar todos estes ensinamentos para os atuais tempos, procurando fixar, então, quais seriam as funções do Estado.

Desta forma, podemos estabelecer dois campos horizontais, o jurídico e o político; e três níveis verticais, o executivo, o deliberativo e o controlador.

O campo horizontal jurídico equivaleria ao campo jurídico de JELLINEK. O campo horizontal político equivaleria ao campo sociocultural de JELLINEK.

O nível vertical controlador equivaleria ao nível superior de KELSEN e à *policy control* de LOEWENSTEIN. O nível vertical deliberativo equivaleria ao nível abstrato de JELLINEK, ao nível primário de KELSEN, à *policy determination* de LOEWENSTEIN. O nível vertical executivo equivaleria ao nível concreto de JELLINEK, ao nível secundário de KELSEN, à *policy execution* de LOEWENSTEIN.

A sobreposição dos campos horizontais com os níveis verticais resultaria na criação de seis quadrantes, representando cada um deles funções distintas do Estado; seriam as funções de caráter: controlador-político, controlador-jurídico, deliberativo-político, deliberativo-jurídico, executivo-político e executivo-jurídico.

A cada uma destas seis funções atribuiremos os seguintes nomes (nomenclatura já adotada na doutrina⁶⁵), respectivamente: moderadora, controladora (ou corretiva), governamental, legislativa, administrativa e jurisdicional.

Embora não seja o objeto central deste estudo, podemos afirmar que na moderna teoria da separação dos poderes⁶⁶, cada uma destas funções deve ser atribuída a um Poder (ou órgão)

⁶² No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa.

⁶³ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa e à função governamental.

⁶⁴ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função controladora e à função moderadora.

⁶⁵ SOUZA JÚNIOR, 2003, pp. 166 e seguintes.

⁶⁶ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, *Passim*.

estatal diferente⁶⁷. Quanto mais cumulação de funções ocorrer em um Poder estatal, mais desequilibrado será o cenário político-institucional do respectivo Estado.

Esta organização das funções do Estado vem muito bem sintetizada nos seguintes dizeres doutrinários:

Os fins e funções do Estado foram trabalhados em três níveis hierárquicos e interdependentes. Nos fins últimos do Estado, o (a) Tribunal Constitucional e a (b) Chefia de Estado exercem as funções (a1) controladoras e (b1) moderadoras. Nos fins intermediários o (c) Parlamento e o (d) Governo exercem as funções (c1) legislativa e (d1) governativa. Nos fins próximos o (e) juiz e o (f) administrador exercem as funções (c1) jurisdicional e (f1) administrativa. A cada poder foi atribuída uma função. Elas se articulam e se complementam do topo à base e da base ao topo⁶⁸.

Estabelecidas quais sejam as funções do Estado (não obstante o estudo classificatório destas seja inesgotável), passemos a análise individualizada de cada uma das seis funções aqui elencadas.

II.1. NÍVEL EXECUTIVO DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

Este nível primeiro das funções do Estado, também denominado de nível concreto ou próximo, onde se localizam as funções executivas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que executa as deliberações dos níveis hierarquicamente superiores, tanto no campo político (função administrativa) como no campo jurídico (função jurisdicional).

II.1.a) Função Administrativa:

Esta função, situada no nível executivo e no campo político da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as deliberações tomadas pelo governo do dia, sejam elas quais forem (desde que dentro dos limites da legalidade/constitucionalidade), bem como executar as Leis no âmbito da Administração; tudo sempre de forma técnica e suprapartidária⁶⁹. Neste sentido:

⁶⁷ LOEWENSTEIN, 1976, p. 55.

⁶⁸ REVERBEL, 2012a, pp. 45-46.

⁶⁹ ZAFRA VALVERDE, Jose. **Poder y Poderes**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975. pp. 166-168.

Com lealdade, eficiência e discrição, a Administração serve o legislador, serve o Judiciário e serve, principalmente, o governo do dia. Mas, antes de tudo, serve, pelo direito, o interesse público mais elevado, que transcende o de seus agentes, ao qual se orientam também os demais poderes políticos. Materialmente, a função administrativa envolve o acompanhamento da execução das leis; o apoio necessário para o andamento normal da Justiça; ainda, a operação contínua da máquina do poder público, o assessoramento do governo do dia e a concretização das políticas públicas por ele formuladas e determinadas. Na materialidade da função, necessariamente política, a Administração se subordina aos poderes políticos que serve⁷⁰.

À função administrativa não é dado poder decisório/discrecional. Ela é (ou deve ser) eminentemente técnica, imparcial e desprovida totalmente de fundamentos ideológicos (ou seja: burocrática)⁷¹, sob pena de contaminar irremediavelmente a eficiência da execução das deliberações governamentais e das Leis.

Diferentemente do que ocorre na função de governo, que possui caráter transitório, instável, disponível e ideológico; a função administrativa deve ser permanente, estável, indisponível e técnica. Sua atuação deve se dar não por governantes políticos (inerentes à função de governo), mas, ao contrário, por servidores de carreira com caráter técnico e jamais político⁷².

Esta tecnicidade preconizada à função administrativa não se deve apenas ao fato de isso ser necessário para ela melhor executar as deliberações do governo do dia; mas, além disso, se deve ao fato de que a função administrativa tem a prerrogativa de ajustar as deliberações governamentais, ou melhor, de executá-las da melhor forma, possibilitando assim que a política deliberada possa atingir o maior benefício possível à sociedade⁷³. Podemos afirmar que “*uma péssima política deliberada pelo governo pode se transformar,*

⁷⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 100.

⁷¹ LOEWENSTEIN, 1976, p. 66.

⁷² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. Trad. António Cabral de Moncada. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1969. pp. 246-253. Faz-se referência aqui ao Capítulo VI, §35 da obra, intitulado: A Burocracia.

⁷³ ZIPPELIUS, 1988, p. 252. *Verbis*: “*Mas os limites do saber técnico são dados pela sua própria função meramente instrumental. Aquele saber deve ser usado para descobrir os meios pelos quais poderão ser alcançadas as finalidades propostas. Contudo não pode ser usado para tomar decisões acerca da escolha das últimas finalidades políticas. (...) É justamente porque o saber técnico da burocracia exerce funções meramente instrumentais e tira a sua força do fato de poder identificar os melhores meios para alcançar os fins propostos, que também uma só e mesma burocracia pode ser posta eficazmente ao serviço de finalidades políticas diferentes e até de diferentes tipos de Estado. (...) Há casos em que a burocracia preenche as lacunas abertas por falhas da chefia política*”.

nas mãos de um bom administrador, quando da sua execução, numa excelente política administrativa”^{74 75}.

A teorização da função administrativa do Estado se deve muito às contribuições vindas da sociologia de MAX WEBER, que analisou detidamente a questão da legitimidade da ordem estatal e os motivos/causas que conduziriam a sua respectiva estabilidade. Com precisão:

A nova grande contribuição veio da sociologia, de um professor da universidade pública: Max Weber. Ordens juspolíticas que todos aceitem espontaneamente toca, em cheio, a questão da legitimidade, ou seja, do poder ou da autoridade legítimas. Legitimidade é a aceitabilidade, por toda a sociedade, da ordem juspolítica. Weber propõe-se a investigar os motivos sociológicos que geram e alimentam, nos membros da sociedade, a crença de que o poder deve ser (espontaneamente) obedecido. Weber pretende descobrir os motivos sociológicos pelos quais a sociedade obedece espontaneamente a autoridade⁷⁶.

A teoria proposta por MAX WEBER se baseia, como dito, em uma análise sociológica do Estado e especificamente do encaixe da função administrativa no mecanismo estatal e sua respectiva importância. A burocracia, para MAX WEBER, seria entendida como uma espécie de ordem constante, técnica e apartidária, que se encarregaria de executar as tarefas do Estado da forma mais eficiente possível, através de quadros técnicos (e não políticos ou honoríficos)⁷⁷ e desprovidos de orientações ideológicas ou partidárias.

⁷⁴ REVERBEL, 2012a, p. 45.

⁷⁵ Esta função de ajuste da política governamental aos melhores meios adequados de execução foi também trabalhada por KONRAD HESSE, sob o enfoque de o servidor administrativo gozar de certa independência, justamente visando esta adequação da política pública deliberada aos melhores meios técnicos, sem obedecer cegamente ao partido político que representa o governo do dia. KONRAD HESSE invoca, inclusive, o art. 130 da Constituição de Weimar, afirmando que o servidor “não pode ser servidor de um partido”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 1998. Trad. Luís Afonso Heck. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. p. 405.

⁷⁶ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 94-95.

⁷⁷ WEBER, Max. **Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva**. 2ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. José Medina Echavarría. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Primeira publicação: 1922. Cabe destacar algumas passagens acerca da tecnicidade da Administração. p. 175: “Normalmente sólo participa en el cuadro administrativo de una asociación el calificado profesionalmente para ello mediante pruebas realizadas con éxito; de modo que sólo el que posea esas condiciones puede ser empleado como funcionario”. p. 718: “El cargo es una profesión. Esto se manifiesta ante todo en la exigencia de una serie de conocimientos firmemente prescritos, que casi siempre requieren una intensa actividad durante largo tiempo, así como de pruebas especiales indispensables para la ocupación del cargo”. p. 730: “La razón decisiva que explica el progreso de la organización burocrática ha sido siempre su superioridad técnica sobre cualquiera otra organización. Un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa con relación a las demás organizaciones de la misma forma que una máquina con relación a los métodos no mecánicos de fabricación. La precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de

De se destacar que a teoria de MAX WEBER não prega o domínio, ou a encampação, das funções políticas (atinentes à função governamental) pela administração técnica. Pelo contrário, há espaço para o político, mas este não pode invadir o espaço da administração técnica. O Governo delibera, enquanto a Administração executa tais deliberações. Ou seja, a Administração está a serviço das deliberações governamentais⁷⁸.

Justamente neste ponto, MAX WEBER alerta para os riscos da invasão da Administração técnica pelos dirigentes políticos e a respectiva – e certa – perda de legitimidade desta. Quanto mais o espaço político-partidário invadir e tomar a Administração, mais se perderão as características (tecnicidade, eficiência, previsibilidade) que geram a confiança e a segurança e, por conseguinte, outorgam legitimidade à ordem estabelecida⁷⁹. Nos dizeres do próprio MAX WEBER:

Frente a esto se sitúa ahora el desarrollo del funcionarismo moderno en un cuerpo de trabajadores intelectuales altamente calificados y capacitados profesionalmente por medio de un prolongado entrenamiento especializado, con un honor de cuerpo altamente desarrollado en interés de la integridad, sin el cual gravitaría sobre nosotros el peligro de una terrible corrupción o de una mediocridad vulgar, que amenazaría al propio tiempo el funcionamiento puramente técnico del aparato estatal, cuya importancia, mayormente con una socialización creciente, ha ido aumentando sin cesar y seguirá haciéndolo. La administración de tipo diletante por políticos de presa, que según el resultado de la elección presidencial dejaba cesantes en los Estados Unidos a centenares de miles de funcionarios, hasta los carteros, y no conocía al funcionario profesional de por vida, hace ya mucho que ha sido quebrantada por medio de la Civil Service Reform. Determinan esa evolución las necesidades puramente técnicas, ineludibles, de la administración⁸⁰.

Esta eficiência da Administração, uma vez exercida por critérios técnicos e burocráticos, geraria confiança e segurança na sociedade, pois resultariam, por lógica, em uma previsibilidade de suas ações. Em resumo, a Administração do Estado não estaria

costas objetivas y personales son infinitamente mayores en una administración severamente burocrática, y especialmente monocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de tipo colegial, honorífico o auxiliar”.

⁷⁸ WEBER, 2012, p. 708, p. 741, p. 744 e p. 1071.

⁷⁹ Esta invasão ou fusão da atividade política na administração técnica é mais provável em arranjos institucionais que não separam a administração do governo político, notadamente em sistemas presidencialistas. Ver: ACKERMANN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Volume 265, pg. 13-23. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Título original: *Good Bye, Montesquieu*. p. 20. Nas palavras do autor: “A politização da liderança burocrática traz, nada menos, que um desafio fundamental ao estado de direito. Correligionários políticos leais ao presidente sofrerão intensa tentação de ignorar o direito, caso isso promova os interesses políticos de seu líder. O direito administrativo em sistemas presidencialistas deveria prestar particular atenção a essa ameaça”.

⁸⁰ WEBER, 2012, p. 1068.

submetida aos humores do Governo do dia e a sociedade saberia, com isso, que poderia confiar e ter previsibilidade dos atos da administração.

A confluência destes fatores (confiança, segurança, previsibilidade) gera o que MAX WEBER denominou de “dominação através da administração burocrática”. Dominação não no sentido de opressão, mas no sentido de obediência espontânea baseada na previsibilidade e confiança; o que gera uma tão almejada estabilidade da ordem jurídica⁸¹. É o que podemos chamar de “*legitimidade racional*”⁸², em que a sociedade obedece a ordem jurídica justamente por encontrar nela confiança.

Aqui residiria, portanto, o ponto crucial de legitimidade da ordem estatal, na ótica de MAX WEBER, proveniente da obediência espontânea; nas palavras do autor em comento: “*En el Estado moderno, el verdadero dominio, que no consiste ni en los discursos parlamentarios ni en las proclamas de monarcas sino en el manejo diario de la administración, se encuentra necesariamente en manos de la burocracia, tanto militar como civil*”⁸³.

Esta teorização da função administrativa extraída da obra de MAX WEBER, teve sua primeira experiência em concreto e de forma institucionalizada atribuída à Constituição de

⁸¹ WEBER, 2012, p. 1057. *Verbis*: “(...) *la dominación en virtud de ‘legalidad’, o sea en virtud de la creencia en la validez de un estatuto legal y de la ‘competencia’ objetiva fundada en reglas racionalmente creadas, es decir: disposición de obediencia en el cumplimiento de deberes conforme a estatuto*”.

⁸² SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 105-106. *Verbis*: “*A legitimidade racional é legal em virtude da combinação de duas situações sociológicas. A sociedade obedece (sociologicamente) os dirigentes, primeiro, porque eles assumiram e exercem o poder em conformidade com as regras estabelecidas na Constituição e nas leis. E, segundo, porque a Constituição e as leis que contêm essas regras básicas sobre o poder (obedecidas pelos dirigentes) decorrem – assim crê a sociedade – do assentimento racional de toda a sociedade. Colocando ao inverso, fica mais claro: a sociedade moderna (madura), racionalmente e por consenso, estabelece, nas leis e na Constituição, as regras jurídicas por meio das quais o poder deve ser assumido e exercido no país. Se os dirigentes assumiram o poder e o exercem de acordo com as regras jurídicas estabelecidas, então – exsurge a crença – devem ser obedecidos. A legalidade a que Weber aqui recorre, portanto, não é uma legalidade jurídica simples ou cega, fechada em si mesma, mas uma legalidade sociológica, ou seja, uma legalidade coroada por um sentimento efetivo da sociedade. Em suma, a sociedade obedece espontaneamente os dirigentes porque os dirigentes seguiram e seguem os parâmetros por ela estabelecidos na Constituição e nas leis; Enfim, a legitimidade racional é também burocrática. Se a Constituição e as leis se tornam o elemento chave da legitimidade racional, passa a ser crucial que a ordem jurídica, em sua execução, fique isenta de manipulações e de instrumentalizações político-partidárias. Se os dirigentes políticos puderem torcer o ordenamento jurídico ao sabor de seus interesses, para assumirem e exercerem o poder, a legitimidade toda ruirá por terra”.*

⁸³ WEBER, Max. **Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva**. 2ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. José Medina Echavarría. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Primeira publicação: 1922. p. 1060.

Weimar⁸⁴ (Constituição da Alemanha de 1919), com a previsão, em seus artigos 129 e 130 de uma Administração independente do Governo, com caráter eminentemente técnico.

Os mencionados dispositivos da Constituição de Weimar consignam exatamente a segregação entre a Administração (permanente, estável, técnica e apartidária) e o Governo (temporário, instável, político e partidário), criando assim um fator de continuidade e estabilidade da ordem institucional⁸⁵. Nos dizeres de CARL SCHMITT, ao mencionar estes dispositivos: “A *Constituição do Reich contém, nos artigos 129 e 130, uma garantia institucional do funcionalismo de carreira e, com isso, um elemento de estática e permanência*”⁸⁶.

Nos atuais tempos, onde se afigura presente o Estado Social^{87 88}, de caráter muito mais ativo (Estado prestador-social) do que passivo (Estado protetor-liberal), com muito mais razão se necessita uma Administração com este viés eminentemente técnico, estável e permanente, no intuito de empreender de forma acertada e imparcial as políticas públicas definidas pelo Governo.

O grande perigo com a maximização do Estado Social é a fusão da Administração com o Governo (podendo este risco ser verificado, também, na possibilidade de fusão entre

⁸⁴ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016. pp. 103-104. Ainda acerca da experiência alemã com a Constituição de Weimar, na mesma obra, pp. 96-97. *Verbis*: “É na Alemanha, na Constituição de Weimar, de 1919, que se modelou a nova unidade política ocidental, consagrada com a denominação de Estado Social. (...). Em primeiro lugar, reafirmou-se, agora em contexto republicano, a distinção entre Estado e Governo, que vinha das monarquias do século XIX, com o reforço da legitimidade do chefe de Estado (pela eleição direta por todo o eleitorado) e a atribuição expressa a este de poderes de arbitragem do jogo político. (...). Em segundo lugar, institucionalizou-se a imparcialidade da Administração Pública, formando, em seu conjunto, um órgão constitucional. Distinguiu-se a função administrativa da função de chefia de Estado e, também, da função estrita de governo, de modo que os órgãos administrativos pudessem guardar autonomia frente ao endereço ideológico dos governos. A técnica racionalizada que aí se adotou foi erigir o conjunto dos órgãos da Administração em poder político novo: o Poder Administrativo, o quinto poder político”.

⁸⁵ BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana**. Barcelona: Labor, 1931. p. 127. *Verbis*: “La insana influencia de los partidos en la provisión de cargos públicos, influencia que creció progresivamente después de la Guerra, pudo hacer necesario que se consignase el principio evidente de que los funcionarios en el ejercicio de su cargo se deben no a un partido, sino a la nación. La relación de fidelidad y lealtad basada en el lazo vitalicio que une al funcionario con el organismo del Estado, exige ciertamente que no se le restrinja el derecho de profesar interiormente una opinión política determinada, ni aun el de manifestarla exteriormente fuera del cargo, pero si le prohíbe ayudar con actos positivos a la obtención de los fines del partido a que pertenece cuando estos fines se propongan la transformación violenta del orden político existente”.

⁸⁶ SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Trad. Geraldo de Carvalho. Título Original: *Der Hüter der Verfassung*. Primeira publicação: 1929. p. 219.

⁸⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002c. pp. 84-88.

⁸⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. 2ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996. pp. 13 e seguintes.

Governo e Estado, conforme se verá infra). Isso porque as políticas públicas, ao não serem executadas de forma técnica, podem virar instrumento de favorecimento de partidários do Governo, ou, pior que isso, de moeda de troca entre o Governo-partido do momento e o eleitorado, visando a manutenção daquele no poder⁸⁹.

II.1.b) Função Jurisdicional:

A função jurisdicional, situada no nível executivo e no campo jurídico da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as Leis deliberadas pela função legislativa, resolvendo conflitos nos casos concretos e dizendo o Direito aplicável a este.

O Estado, como guardião da ordem, veda a autotutela entre seus cidadãos e, por isso, deve oferecer a solução para os conflitos. Assim, ao ingressar em sociedade, os membros desta delegam ao Estado – através da função jurisdicional – a função de julgar os conflitos emergentes nos casos concretos.

A função jurisdicional, por óbvio, deve ser técnica (tal como a função administrativa) e absolutamente desprovida de ideologias e paixões, sob pena de contaminação das decisões judiciais e do uso desta função para fins que não os legítimos.

Mas a função jurisdicional não se limita apenas à resolução de conflitos privados mediante a decisão judicial ao caso concreto. Há muito a figura do juiz autômato de MONTESQUIEU⁹⁰ já não atende mais aos anseios da sociedade.

O magistrado faz muito mais do que resolver o caso, pois “*a aplicação da norma ao caso concreto abre espaço, frequentemente, a uma atividade criadora do juiz*”⁹¹; com isso, ele, de certa forma, protege⁹² o Direito, fazendo uso de suas qualidades técnicas e imparciais,

⁸⁹ HESSE, 1998, p. 177. *Verbis*: “Uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao princípio do estado de direito social”.

⁹⁰ MONTESQUIEU, 1996, pp. 167-178. No clássico Livro XI, Capítulo, VI da obra está a lição clássica acerca do juiz autômato, a qual merece reprodução: “*Se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. (...). Os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”.

⁹¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015c. p. 169.

⁹² SOUZA JÚNIOR, 2003, p. 168.

para interpretar o texto legal e ajustar, mediante equidade, seu significado ao caso concreto, aperfeiçoando assim o próprio Direito⁹³.

Podemos afirmar assim que “*uma lei errônea, mal formulada nos seus fins e intenções, pode, a partir do caso concreto e pela discricionariedade (equidade) do juiz adaptar-se muito bem à realidade das partes, e fazer uma boa justiça*”⁹⁴. Assim, a função jurisdicional, ao indicar dentre as interpretações possíveis, mediante uma análise técnica e não apaixonada, aquela que melhor se adapta ao ordenamento jurídico, estará contribuindo para a esmerada formação do Direito⁹⁵. Neste sentido:

Aunque la función jurisdiccional se dirige fundamentalmente a resolver el caso, y la fuerza de obligar de la resolución se produce solamente en relación a él, y no a otros distintos, las resoluciones judiciales pueden servir también para construir reglas que rigen la solución de otros casos iguales. Ciertamente el acto jurisdiccional va de lo general a lo particular y de lo abstracto a lo concreto, de la norma al caso, pero al resolver este último puede operar también constituyendo reglas, creando algo que en determinados casos puede denominarse derecho judicial.⁹⁶

Isso não se confunde, por óbvio, com a função controladora, inerente à jurisdição constitucional⁹⁷. Inclusive nos sistemas onde é dado ao juiz ordinário fazer controle cumulado de constitucionalidade (notadamente no *judicial review*), o que existe não é controle de constitucionalidade pela função jurisdicional; o que há é a fusão de funções de jurisdição e controle em um mesmo órgão⁹⁸ (mas isso demandaria um estudo monográfico apartado, sendo consignado apenas para esclarecimento).

⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50. *Verbis*: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”. Acerca da contribuição dos intérpretes – no caso da função jurisdicional, dos magistrados – na evolução constante do Direito ver: SOUZA JÚNIOR, 2002, pp. 68-72.

⁹⁴ REVERBEL, 2012a, p. 45.

⁹⁵ Esta função interpretativa e de criação (ou aperfeiçoamento) do Direito foi identificada pelo próprio HANS KELSEN; em suas palavras: “Os tribunais exercem uma função legislativa quando sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. Um tribunal com essa competência cria, por meio da sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo”. KELSEN, 2005, p. 389.

⁹⁶ OTTO Y PARDO, Ignacio de. Estudios Sobre el Poder Judicial. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010b. Primeira publicação em 1989. p. 1279.

⁹⁷ Acerca desta delimitação ver: ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. pp. 163 e seguintes; no capítulo intitulado “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”.

⁹⁸ LOEWENSTEIN, 1976, pp. 67-68.

II.2. NÍVEL DELIBERATIVO DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

Este nível das funções do Estado, também chamado de abstrato ou intermediário, é onde se localizam as funções deliberativas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que delibera os rumos do Estado, tanto no campo político (função governamental), como no campo jurídico (função legislativa).

II.2.a) Função Governamental:

A função de governo é aquela função destinada ao dissenso, ao partidarismo, à ideologia, ao debate; para, mediante a ebulição política, ser decidido, dentre tantas opções políticas possíveis, aquela que será aplicada pelo nível concreto (função administrativa).

Trata-se a função de governo de transportar para o nível concreto a opinião política de determinado período; ou melhor, de “*representar a opinião política partidária dominante, exprimindo as exigências prevalentes no seio da comunidade*”⁹⁹. Nos dizeres da doutrina, ao comentar a função de governo:

É o domínio dos interesses seccionais, os mais diversos, como os interesses de classe, de setores econômicos, de regiões, de comunidades étnicas, de religiões, etc..., que dividem a Comunidade. É a órbita dos conflitos, das divergências, das tentativas de fazer valer o próprio interesse, frente ao interesse alheio. É o terreno do dissenso, sobre o qual – nas democracias de tipo ocidental – atuam os partidos políticos, buscando organizar os interesses mais próximos e mais compatíveis e, a partir desse material bruto, formular objetivos governamentais a serem perseguidos, uma vez conquistado o poder¹⁰⁰.

Dito isso, característica inerente à função de governo é sua precariedade (ou instabilidade permanente), pois a mudança de opinião política da sociedade representaria, necessariamente, uma mudança imediata na função governamental (tal como ocorre nos

⁹⁹ SOUZA JÚNIOR, 1978, p. 87.

¹⁰⁰ SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 64.

regimes parlamentaristas¹⁰¹, inerentes à função de governo autônoma e desvinculada da chefia de Estado). Diversamente do Estado, que é permanente, o governo é passageiro, mutável, dinâmico; e navega, por isso, conforme as marés da opinião política de determinado período¹⁰².

Podemos afirmar, portanto, que à função de governo são estabelecidos os limites inerentes a sua atribuição: determinar as políticas públicas extraídas do programa ideológico partidário do governo do momento.

Não é dado à função de governo avançar sobre os níveis superiores das funções do Estado e encampar para si as funções moderadoras (inerentes à chefia de Estado), nem tampouco encampar as funções executivas (de caráter eminentemente técnico) e desvirtuá-las; pois governo e Estado são coisas inconfundíveis¹⁰³ e impossíveis de serem diluídas entre si, sob pena de o governo do dia, usando o Estado, impor sua ideologia e aniquilar seu adversário¹⁰⁴. Este processo, quando verificado, redonda na maioria das vezes em regimes totalitários¹⁰⁵.

Este fenômeno de anomalia do exercício da função de governo (que por vezes também pode ser verificado na função legislativa) se verifica, em suma, quando os limites inerentes à função governamental são extrapolados. Ou seja, quando o Estado Democrático de Direito é ignorado, subvertendo¹⁰⁶ os valores consensuais em prol de ideologias próprias, ignorando as minorias¹⁰⁷ e eliminando o dissenso político mediante a imposição da ideologia dominante¹⁰⁸, invocando, para este fim, a tese da supremacia da maioria sobre a minoria à revelia desta

¹⁰¹ Acerca do parlamentarismo clássico, de berço inglês, ver a obra de: JENNINGS, W. Ivor. **Governo de Gabinete**. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939. *Passim*.

¹⁰² TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962. pp. 14-15. *Verbis*: “Ao chefe do governo, porém, cabe a direção da política, a iniciativa das medidas concretas para a solução dos diferentes problemas, e sua permanência, por isso mesmo, depende das flutuações da opinião pública e da situação do país. (...). Enquanto o Estado permanece, os governos passam; enquanto o Estado é de todos, o Governo pertence a um partido”.

¹⁰³ LASKI, Harold J. **El Estado en la Teoría y en la Práctica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. Trad. Vicente Herrero. Título original: *The State in Theory and Practice*. p. 115.

¹⁰⁴ Sobre o surgimento e evolução do totalitarismo ver: SOUZA JÚNIOR, 2010, pp. 594-595.

¹⁰⁵ O Estudo dos efeitos nefastos (por que não devastadores?) da fusão entre as funções governamental (governo) e moderadora (Estado) demandaria estudo apartado. Porém cabe indicar referências teóricas acerca deste fenômeno: SOUZA JÚNIOR, 1978, pp. 24-25. SOUZA JÚNIOR, 2002a, p. 26. SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 35. LOEWENSTEIN, 1976, p. 51. CAETANO, 2010, pp. 144-145.

¹⁰⁶ SOUZA JÚNIOR, 1978, pp. 93 e seguintes.

¹⁰⁷ JELLINEK, 2012, p. 440. p. 462. p. 479. p. 631.

¹⁰⁸ LINZ, Juan J. STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. p. 59.

última^{109 110}. Este fenômeno de anomalia das funções governamentais também é observado quando esta não se restringe a deliberar, mas buscam executá-las de forma não isenta, ou seja, em prol não de uma execução voltada aos interesses do Estado, mas sim voltada aos interesses do próprio governo¹¹¹.

Desta forma, estabelecemos que a função de governo é o espaço do dissenso, da política partidária e ideológica que, ao assumir o Poder, deve levar sua ideologia e suas políticas a serem implementadas, dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade, até que outro governo venha a lhe suceder conforme as flutuações das opiniões de dissenso verificadas na sociedade; isso sem jamais invadir o nível próprio das atividades de Estado, o qual está acima do governo, e respeitando a minoria vencida no jogo político, a qual deve também reconhecer a legitimidade da maioria vencedora (o que poderíamos denominar de *fair play* político)^{112 113}.

II.2.b) Função Legislativa:

A função legislativa é aquela destinada a captar a síntese das opiniões políticas da sociedade e, após extrair este denominador comum, produzir a Lei. Ou seja; é a função destinada a catalisar toda a política bruta e transformá-la em Direito estático: a Lei¹¹⁴.

A função legislativa foi a primeira a se separar das demais funções, até então cumuladas, após a época absolutista. Neste primórdio da autonomia da função legislativa

¹⁰⁹ LINZ, Juan J. MILEY, Thomas Jeffrey. Algunas Reflexiones Precautorias y no Ortodoxas Sobre la Democracia Hoy. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 166, pp. 19-43. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. pp. 40-41.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. Trad. Vera Barcow. Título original: *Vom Welsen und Wert der Demokratie*. Primeira publicação: 1929. p. 67. p. 106.

¹¹¹ WEBER, Max. **Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva**. 2ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. José Medina Echavarría. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Primeira publicação: 1922. p. 1068.

¹¹² Este *fair play* político, onde maioria e minoria se respeitam mutuamente e atuam conforme as “regras do jogo” é um forte indicador de cultura política de uma sociedade. Nos dizeres de CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao comentar o assunto: “*Critério interessante para avaliar a legitimidade reside no comportamento das minorias diante da maioria que controla o mando. Se elas aceitam o resultado do jogo político e se submetem espontaneamente ao seu governo, temos o sinal mais evidente da legitimidade*”. SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 58.

¹¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. Trad. Rafael de Agapito Serrano. p. 95.

¹¹⁴ Sobre este processo de nascimento do Direito legislado ver o que CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR chamou de “*hemiciclo genético do direito*”. SOUZA JÚNIOR, 2002, pp. 68 e seguintes.

prevaleciam as ideias liberais, capitaneadas por JOHN LOCKE, onde o parlamento independente seria, primordialmente, a forma eficaz de limitação do poder do governo (entendido como governo absoluto com todas as demais funções cumuladas), bem como uma linha de defesa do cidadão perante este governo, o qual seria engessado e limitar-se-ia a cumprir aquilo que deliberado pela legislação.

Com a evolução dos tempos, a função legislativa passou a adquirir suas características modernas, não apenas ditando as Leis no intuito de engessar o governo, mas entregando a este sua autonomia e, ao invés de ditar seus rumos, a função legislativa passa a sustentá-lo politicamente (notadamente no parlamentarismo) e fiscalizá-lo. Neste sentido:

Para que o Parlamento possa servir de contrapeso ao Governo, é necessário também que ele possua poderes importantes. Caso contrário não passa duma fachada, como os pseudo-Parlamentos dos regimes autoritários. A teoria das democracias liberais pretendia mesmo que o Parlamento possuísse o poder essencial e que o Governo se limitasse a aplicar as leis votadas pelos parlamentares. O Governo é assim qualificado de Executivo. Mas este termo é impróprio. O Governo é sempre mais do que um executor das decisões parlamentares. A terminologia liberal era uma arma de combate contra os governos monárquicos, que ela queria enfraquecer em proveito dos Parlamentos eleitos. Depois do desenvolvimento do sufrágio universal, os liberais passaram a desconfiar do Parlamento, que se tornara a expressão das massas populares, e verificou-se uma certa mudança de atitude: em lugar de pensarem unicamente em reforçar o Parlamento, passaram a preocupar-se também em não o deixar dominar o ‘Executivo’. Na prática, os Parlamentos ocidentais exercem um triplo poder: de delimitação, de controle e de impulso¹¹⁵.

O parlamento deve reunir as mais variadas representações políticas, recolhidas mediante sufrágio universal, mediante a adoção de um sistema representativo, a fim de se obter a maior síntese possível da vontade política da sociedade. A Lei é a base do Estado de Direito, ela não pode ser desrespeitada em condições de normalidade, e sua legitimidade deve ser presumida até que venha a ser declarada inconstitucional ou que seja revogada por outra Lei.

Por isso, a função legislativa assume tamanha importância na organização funcional do Estado, na medida em que ela é o guia máximo (abaixo apenas dos valores constitucionais) das condutas da sociedade, obrigando aos particulares e ao próprio Estado. Desta forma, “*a função legislativa na teoria dos fins e funções do Estado adquire tamanha importância, que as demais funções do Estado, se a ela não se subordinam, sobre ela se debruçam*”¹¹⁶.

¹¹⁵ DUVERGER, Maurice. **Os Grandes Sistemas Políticos**. Coimbra: Almedina, 1985. Trad. Fernando Ruivo. Título original: *Les Grands Systèmes Politiques*. p. 123.

¹¹⁶ REVERBEL, 2012a, p. 43.

Importante destacar, também, que a função legislativa exerce um papel fundamental de sustentação da função de governo. É através do parlamento que é encontrada a maioria política dominante, nos regimes parlamentaristas, indicando assim a formação do governo.

II.3. NÍVEL CONTROLADOR DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

Este nível de funções do Estado, também chamado de nível superior, é o responsável pela guarda imparcial dos valores máximos da sociedade, entendidos estes como os valores consensuais manifestados pela Constituição, bem como dos Direitos fundamentais inerentes à própria condição humana¹¹⁷. É onde estão as funções de moderação (Chefia de Estado) e controle (Tribunal Constitucional), responsáveis pela unidade, pelo consenso e pela manutenção da ordem institucional do Estado. São as funções responsáveis pela manutenção do que a doutrina chama de concordia política^{118 119}. Neste sentido:

A nota comum de bem que se atribui ao fim último da democracia constitucional deve ser entendido como um conjunto de **valores ínsitos à pessoa humana** na comunidade política, de maneira que a projeção da pessoa e dos grupos intermediários na esfera pública deliberativa do pluralismo é o meio instrumental para a realização prática do bem comum. Por esta razão, o fim da comunidade política democrática é o bem último a que almejam todos os cidadãos, grupos, partidos e associações, pois sua natureza de comunidade faz nascer nestes diferentes setores da sociedade política um apetite natural para a concretização do bem comum, vez que este congrega uma esteira de valores desejados comumente por todos os seres humanos. Ademais, este apetite natural de todos para o bem comum é causado pela própria natureza da personalidade humana presente em cada pessoa, vocacionada para a realização plena na comunidade. Portanto, a realização do bem comum não beneficia tão apenas particularmente cada pessoa ou grupo, senão que afeta e realiza a todos os membros da comunidade em particular, naqueles valores que comungam em **comunhão política**. (...). O bem comum, assim, é a **concordia política** por excelência, estimado como fim último da comunidade política democrática porque em torno dele se congregam valores que, por serem uma expressão direta e verdadeira da natureza humana, são desejados e procurados pelos cidadãos, associações, grupos e partidos que atuam no espaço deliberativo. Ademais, sobre esses valores comuns todos se submetem de fato, o que permite o consenso da comunidade e, dessa forma, a manutenção da integridade social¹²⁰.

¹¹⁷ JELLINEK, Georg. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. São Paulo: Atlas, 2015. Trad. Emerson Garcia. Título original: *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*. Primeira publicação: 1902. p. 34. p. 90.

¹¹⁸ SOUZA JÚNIOR, 2003, pp. 157-160.

¹¹⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. pp. 45-50.

¹²⁰ BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. **A Natureza da Democracia Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 201-204.

Importante destacar que neste nível das funções do Estado a diferenciação dos campos político e jurídico é de difícil percepção, sendo que a função de controle estaria no campo jurídico e a função moderadora no campo político por uma análise de preponderância. Neste nível, pelo simples fato de a Constituição ser uma norma (jurídico) que lida com valores (político), torna-se impossível esta dissociação completa. Neste sentido:

O nível constitucional dos fins últimos do Estado além de expressar-se por princípios apoia-se em elementos político jurídicos. Quanto mais elevada é a função do Estado mais os campos – jurídico e político – imiscuem-se. A juridicidade da política e a politicidade do Direito imbrincam-se. Há uma zona de independência, mas prevalece a interdependência e a harmonia¹²¹.

Desta forma, a alocação das funções de controle e moderação, respectivamente, nos campos jurídico e político, se dá por uma preponderância: a função controladora aplica a Constituição que é uma norma (daí seu caráter eminentemente jurídico), cujo conteúdo material são os valores (daí seu indissociável caráter político); a função moderadora zela pela manutenção da unidade política (daí seu caráter eminentemente político), cuja materialização se dá pelos valores expressos na Constituição (daí seu indissociável caráter jurídico).

Em suma, neste nível das funções do Estado, o jurídico e o político dificilmente poderão ser identificados de forma claramente dissociada, dado o conteúdo material com que estão lidando as respectivas instituições às quais atribuídas estas funções. Dai que deve se registrar que quando estivermos tratando da alocação das funções de controle e moderação, estaremos usando um critério de preponderância, sempre ressaltando a harmonia entre o jurídico e o político neste nível das funções do Estado.

II.3.a) Função Moderadora:

A função moderadora¹²² consiste na atribuição de guarda da ordem política e institucional do Estado¹²³. É o zelo pelos objetivos suprapartidários do Estado, é o nível do

¹²¹ REVERBEL, 2012a, p. 60.

¹²² A lição clássica de BENJAMÍN CONSTANT, teórico da função moderadora, é aqui usada como referencial clássico, especialmente o Capítulo III do *Cours de Politique Constitutionnelle*. CONSTANT, Benjamín. **Curso de Política Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1820. pp. 17 e seguintes.

¹²³ Ver também, ao discorrer acerca do *pouvoir neutre*, o clássico: SCHMITT, 2007, pp. 193-194. Ao comentar a doutrina de BENJAMÍN CONSTANT; *verbis*: “(...) *este é o sentido de um poder neutro, de um pouvoir neutre et intermédiaire, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas*

consenso, dotado de neutralidade e pela preservação da unidade estatal¹²⁴. Toda a sociedade ao formar um Estado estabelece valores mínimos que devem ser observados por este e por seus cidadãos, inclusive pelas gerações vindouras, no que é extremamente feliz a expressão “*concordia política*”^{125 126 127}; bem como deve respeitar aqueles valores inerentes à própria natureza humana¹²⁸.

A função moderadora tem como seu principal teórico BENJAMIN CONSTANT, que consagrou a divisão dos poderes estatais em quatro¹²⁹, rompendo com o dogma estabelecido pela doutrina de MONTESQUIEU¹³⁰ que professara anteriormente a teoria da tripartição dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), estabelecendo a segregação do então poder executivo nos poderes real e ministerial (nas palavras de BENJAMIN CONSTANT). O rompimento com os ideais professados por MONTESQUIEU fica evidente na obra de BENJAMIN CONSTANT, ao identificar falhas na proposição da tripartição dos poderes¹³¹. Nas palavras do doutrinador:

dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. (...) Uma instância especial, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é consequente em um Estado de Direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isso, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição. Destarte, é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos”.

¹²⁴ HESSE, 1998, p. 401.

¹²⁵ SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 28.

¹²⁶ REVERBEL, 2012a, p. 40.

¹²⁷ LAMAS, Felix Adolfo. **La Concordia Política**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973. pp. 191 e seguintes.

¹²⁸ DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4ª ed. Paris: Boccard, 1923. pp. 215 e seguintes.

¹²⁹ CONSTANT, 2006, p. 13. Nas palavras do autor: “*Los poderes constitucionales son el real, el ejecutivo, el representativo y el judicial, al que puede añadirse el municipal*”. Dúvida poderia causar o doutrinador ao mencionar o “poder municipal” como um quinto poder; todavia, o autor refere-se, em verdade, à necessidade de governos locais, próximos ao cidadão, de caráter técnico e não político (Capítulo XVIII da mencionada obra). Embora não se possa tomar o mencionado “poder municipal” efetivamente como um quinto poder na organização institucional sugerida por BENJAMIN CONSTANT, a referência ao que ele chamou de “poder municipal” pode, por certo, ser tomado como um primórdio da função administrativa e do princípio da subsidiariedade. Adotaremos a clássica lição de que BENJAMIN CONSTANT formulou a tetrapartição dos poderes (real, ministerial, representativo e judicial).

¹³⁰ MONTESQUIEU, 1996, Livro XI, Capítulo VI: “*Da Constituição da Inglaterra*”.

¹³¹ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do Poder Moderador**. Recife: Typographia Universal, 1864. pp. 7-10. Entre os juristas do Império do Brasil, podemos destacar as palavras de BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA, nas páginas citadas, ao afirmar que: “*Em resumo: ou os três poderes marcharão de acordo, ou estão em divergência. No primeiro caso, eles formarão uma unidade, sua ação será absoluta e soberana, e poderão abusar do poder, tanto quanto um monarca, tanto quanto o povo mesmo. No segundo caso não haverá ação, os conflitos estorvarão o regular andamento dos negócios, o ciúme recíproco dos poderes obstará a que eles se entendam para fazer o bem. Haverá imobilidade ou anarquia. (...) Pois bem, nós estamos convencidos, até prova em contrário, de que a teoria do poder Real ou Poder Moderador, tal como a aceitou dos publicistas franceses a Constituição Brasileira,*

Los tres poderes políticos, tales como los hemos conocido hasta de presente, a saber, el ejecutivo, el legislativo y judicial, son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general: pero cuando éstos, sacados fuera de su lugar, se mezclan entre sí, se chocan o embarazan, es necesario buscar una fuerza que los ponga en su lugar. Esta fuerza no puede existir en ninguno de los tres poderes, porque serviría para destruir a los demás; y así, debe estar fuera, y ser neutra en cierta manera, a fin de que su acción se aplique en todas las partes donde sea necesaria, y para que preserve y repare sin ser hostil¹³².

A doutrina de BENJAMIN CONSTANT acerca do poder real (ou neutro) defende à exaustão que a monarquia seria a única forma de implementação do poder neutro. Nega ele a possibilidade de existência de um poder neutro em uma república, sob o argumento de que o Chefe de Estado, mesmo que escolhido para o exercício da função moderadora, pelo simples fato de ser escolhido, já estaria viciado, faltando-lhe o requisito inarredável da neutralidade¹³³.

Talvez BENJAMIN CONSTANT tenha diminuído a possibilidade do poder neutro em uma república por defender a organização institucional chamada por ele de “monarquia constitucional”, onde alcançou ao poder real (neutro) muito mais prerrogativas do que hoje seria recomendável. Da leitura do Capítulo IV¹³⁴ da obra citada nota-se claramente a maximização do poder real proposta pelo doutrinador, indo bem mais além do que um simples árbitro entre os demais poderes com a missão de guarda dos valores consensuais.

Não obstante BENJAMIN CONSTANT tenha sido cético quanto à aplicabilidade do poder neutro em uma república, o que de mais relevante, definitivamente, deve ser extraído de sua obra é a segregação da Chefia de Estado (função moderadora) da Chefia de Governo (função governamental)¹³⁵.

responde suficientemente, como mostraremos, à dificuldade apontada; e desde então esse poder supremo, colocado acima dos outros, aparece-nos, não como uma criação fantástica ou um devaneio de imaginação, mas como a expressão de uma grande necessidade governativa, como um elemento indispensável de ordem e de verdadeira liberdade, e como a mola principal nos governos monárquicos, constitucionais e representativos, qual o nosso (art. 3º da Constituição)”. Referindo-se à Constituição do Império do Brasil de 1824.

¹³² CONSTANT, 2006, pp. 13-14.

¹³³ CONSTANT, 2006, p. 22. *Verbis*: “La autoridad que pudiese destituir el poder ejecutivo, tiene el defecto, bajo el despotismo, de ser su aliada, y, en las repúblicas, de ser enemiga de las mismas. No es por consiguiente neutra o intermediaria, y en las repúblicas tampoco es permanente: por cuya razón no puede mantenerlas en calma; pues como que nace de la necesidad del momento, el partido que prevalece no se detiene precisamente en lo que es justo e indispensable; no se contenta con desposeer, sino que quiere herir; y como lo hace sin juicio, llega asesinar”. Aqui um alerta do doutrinador acerca do uso indevido das funções de Estado, em uma espécie de antevisão das mazelas que viriam no século XX com os regimes totalitários e sua inerente fusão das funções de governo e de Estado.

¹³⁴ CONSTANT, 2006, pp. 21-31.

¹³⁵ SOUZA JÚNIOR, 2002c, pp. 67-68. *Verbis*: “Alguns meses antes da Carta Constitucional de 1814, em França, Benjamin Constant, enfrentando o problema de como institucionalizar definitivamente o

E o doutrinador em exame refere que esta separação nasce da necessidade de se ter duas esferas distintas de poder político: uma neutra e imparcial e sem contato direto com a sociedade (o Chefe de Estado¹³⁶); e outra parcial e em contato direto e constante com a sociedade (o governo, ou poder ministerial). Esta seria um escudo daquela; ou seja, se o poder responsável pela guarda dos valores consensuais superiores (Chefe de Estado) estivesse exposto às variáveis do humor político da sociedade, estaria irremediavelmente em xeque sua imparcialidade inerente à função de moderação¹³⁷.

Por isso, torna-se mais que necessário, mas sim imprescindível, que o poder ministerial (função de governo) satisfaça com sua constante instabilidade os reclames políticos da sociedade; ao passo que o poder neutro (função moderadora), blindado das variáveis da agitação política, possa ser o guardião dos valores superiores e consensuais¹³⁸; ou, nas palavras de um dos juristas do Império do Brasil, “*o poder ministerial deve colocar-se na frente para que jamais a discussão ou a resistência comprometa o chefe de Estado*”¹³⁹.

A função moderadora é responsável pela guarda e zelo dos valores superiores de consenso que fundamenta a sociedade. Este consenso estabelece o pacto fundamental do Estado, sobre o qual nenhuma ideologia pode avançar. Podemos dizer que são os limites do

regime liberal, depois dos abalos revolucionários de 1789, foi o primeiro a elaborar a doutrina daquela monarquia constitucional que os ingleses, de alguma forma já vinham praticando desde os três últimos lustros do século XVIII. Constant intuiu as sérias limitações dos arranjos clássicos traçados por Montesquieu, diante dos inevitáveis conflitos entre os poderes, que refletem os conflitos entre grupos e classes dentro da sociedade, agravados em virtude da pressão das massas (ainda à margem do processo político) pela extensão do sufrágio e pelo intervencionismo estatal. Antecipando-se de décadas à própria evolução do direito constitucional e, sem dúvida, influenciando sobre o seu desenrolar, viu com clareza que somente separando a chefia de Estado (por ele também denominada de “poder real” ou “poder neutro”) do poder executivo (por ele batizado de “poder ministerial”), ganharia o constitucionalismo liberal a almejada estabilidade. A chefia de Estado – verdadeiro poder político, superior aos demais, imparcial e partidariamente neutro – garantiria o equilíbrio entre os poderes e cumpriria um papel de árbitro entre eles. O poder ministerial, responsável perante o chefe de Estado e o parlamento, dirigiria a política geral do país e comandaria a administração. (...). Se devemos a Montesquieu a modelagem das instituições clássicas, cabe a Benjamin Constant, seguido pela contribuição dos liberais doutrinários, marcar uma segunda fase da evolução do Estado liberal, na qual este se prepara para enfrentar o impacto da extensão do sufrágio e o da ascensão política das massas. São os arranjos institucionais construídos na linha do projeto inicialmente delineado por Constant que não apenas irão estabilizar o constitucionalismo nas sociedades conflituosas como irão abrir caminho ao advento pacífico do Estado social, no século XX, mediante a incorporação das massas ao processo político ocidental, sem ruptura das conquistas permanentes da revolução liberal”.

¹³⁶ No caso da monarquia constitucional de BENJAMIN CONSTANT: o Rei.

¹³⁷ SCHMITT, 2007, p. 201: “A maioria dos chefes de Estado dos séculos XIX e XX soube ficar atrás de seus ministros, sem perder com isso em autoridade”.

¹³⁸ CONSTANT, 2006, p. 22. *Verbis*: “La constitucion ha puesto sábiamente al ministério entre el monarca y el Pueblo, para que el primero sea como el escudo del segundo em todas las alteraciones políticas”.

¹³⁹ VASCONCELLOS, Zacharias de Góes e. **Natureza e Limites do Poder Moderador**. Rio de Janeiro: Typographia Universal Delaemmert, 1862. p. 166.

espectro de atuação dos governos; são os limites de circulação do dissenso – até onde este ou aquele programa político pode ir¹⁴⁰.

Pode-se afirmar, assim, que a função moderadora exerce a atividade de árbitro (não de arbítrio¹⁴¹) entre as demais funções, intervindo com serenidade no objetivo de manutenção da ordem institucional e preservação dos valores de consenso. Seria o “*poder judicial de los otros poderes*”¹⁴².

Já mencionamos em item anterior que é inapropriado fundir as funções governamental e moderadora, sob o risco de uma catástrofe institucional, onde o Estado passaria a servir ao governo e não o contrário.

Pior ficaria, ainda, se avançarmos no raciocínio e o Estado, uma vez fundidas as funções governamental e moderadora, passar a servir não apenas ao governo, mas, pior que isso, ao partido político que o representa¹⁴³. Esta situação levaria, inevitavelmente, à falência absoluta do Estado. Explica-se: quanto mais fundidas estiverem as funções governamental e moderadora, mais fácil será a apropriação do Estado pelo governo do dia e, como dito, pelo partido que o representa.

E quanto mais o partido que representa o governo do dia tiver em suas mãos a possibilidade de usar o Estado para os fins daquele e não deste, mais estará aquele tentado a fazê-lo; e, por raciocínio lógico, mais tentado estará a desrespeitar as Leis vigentes em nome

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los Fundamentos Constitucionales del Estado. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Número 52, pp. 11-32. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 23. *Verbis*: “(...) *el papel y la función del Rey en la estructura del Estado: simbolizar la unidad del Estado, lo que hace especialmente posible su total neutralización política; la de ‘arbitrar y moderar’ el funcionamiento de las instituciones, función básica y que se apoya en la auctoritas más que en la potestas, una autoridad que se esfuerza en hacer presentes a los distintos agentes políticos los valores los valores constitucionales y los principios básicos de la integración política, territorial y social que la Constitución ha querido, evitando rupturas, vetos personales o políticos, rigideces, empeños o riesgos anticonstitucionales*”.

¹⁴¹ No sentido de desvincular a função moderadora de uma coerção permanente, são sábias as palavras de CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR: “*A função moderadora, ou função de chefia de Estado, seja ela temporária ou vitalícia, é a função de, no hemisfério das atividades políticas, zelar pelos fins últimos do Estado. Guarda, por meio de ações de alcance político, os valores e o processo do regime democrático. Funda-se não no poder de coerção (potestas), que vai se tornando mais necessário à medida que se desce aos níveis da esfera pública; mas, antes e fundamentalmente, na autoridade moral (auctoritas), inerente, no grau mais eminente, ao fecho da abóbada institucional, que une todo o Estado. Está na fronteira que a política faz com a ética. Cumpre uma magistratura de persuasão e de última instância, sobre todo o corpo político de governantes e governados. Unifica e integra a nação, como ponte permanente entre o seu passado e o seu futuro*”. SOUZA JÚNIOR, 2003, p. 166.

¹⁴² CONSTANT, Benjamín. **Curso de Política Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1820. p. 16.

¹⁴³ SOUZA JÚNIOR, 1978, p. 24. *Verbis*: “*Nomear o chefe de Estado segundo critérios político-partidários não quer dizer democracia política, mas parcialização da suprema magistratura do Estado, aliás perigosíssima para a sobrevivência da democracia*”.

de uma causa própria, desconsiderando por completo o consenso e impondo o seu dissenso. Em outras palavras, quanto maior for a fusão entre as funções governamental e moderadora, mais tendente a quebrar o Estado de Direito se estará.

Este verdadeiro sequestro do Estado pelo partido que representa o governo do momento conduz, inevitavelmente, à usurpação daquele por este, rompendo com o ordenamento jurídico do Estado e traindo o consenso existente.

Esta tendência de quebra da ordem jurídica ocasionada pela fusão das funções governamental e moderadora (uma vez implementado o sequestro do Estado pelo governo – partido), rompe com um dos dogmas mais importantes da Teoria do Estado: o desrespeito, pelo Estado, da sua própria ordem jurídica; ou, em outras palavras, o desrespeito da autolimitação jurídica do Estado e o conseqüente esfacelamento do Estado de Direito e da Segurança Jurídica (a questão da segurança jurídica será adiante melhor aprofundada, ao se tratar especificamente da função de controle de constitucionalidade).

Embora em nosso país não haja, no arranjo institucional vigente, a separação entre as funções governamental e moderadora, esta experiência já foi realizada entre nós. A Constituição do Império do Brasil, de 1824¹⁴⁴, (claramente inspirada¹⁴⁵ na obra de BENJAMIN CONSTANT¹⁴⁶ no que toca à organização e separação institucional dos poderes¹⁴⁷) adotou

¹⁴⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002d. p. 19-35

¹⁴⁵ SOUZA, 1864, p. 14. O louvor ao Poder Moderador e a evidente inspiração da Constituição de 1824 na teoria de BENJAMIN CONSTANT ficam claras nas palavras do mencionado jurista imperial; *verbis*: “*E quem deixará agora de ver a realização desta bela teoria na Constituição brasileira? Quem não reconhecerá no Poder Moderador, por ela proclamado, o ponto de reunião, o centro harmonizador, encarregado de velar sobre todos os poderes, capaz de conte-los na órbita de suas funções, e de formar deles um todo harmonioso? Quem não confessará que assim foi sabiamente resolvido o difícil problema da divisão dos poderes por todos reconhecido? Se não basta pois, separar os poderes, mas é ainda necessário uni-los e harmonizá-los; se não basta, nem é mesmo possível dar garantias à ordem e à liberdade sem reservar os meios para a ação, visto que um governo, como bem diz P. Lannet, não é feito somente para o exame das questões, mas também o é para a solução delas; então razão de sobra teve o nosso legislador constituinte, quando querendo assinar expressamente ao Poder Moderador, o fim para que o instituía – velar incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos – chamou a esse poder, apropriando-se das expressões de Benjamin Constant, - a chave de toda a organização política do Brasil*”. Grifos no original. Prossegue o jurista imperial, agora na página 16 da citada obra: “*O Poder Moderador é a mais alta expressão da soberania nacional, acautelando-se sabiamente contra os seus próprios desvios; é a vontade suprema da sociedade querendo antes de tudo a sua existência e conservação; é em uma palavra a realeza ou a monarquia. Sim a realeza ou a monarquia; porque tal é a sorte dessa maravilhosa instituição, que, debaixo de uma ou de outra forma, com estas ou aquelas modificações aparece-nos sempre como uma necessidade indeclinável dos povos, como o princípio conservador por excelência das sociedades, como a âncora de salvação, reservada pela Providência às nações ameaçadas, ou já batidas pela tormenta revolucionária*”.

¹⁴⁶ SCHMITT, 2007, p. 195. A Carta Imperial brasileira de 1824 e sua respectiva adoção da teoria de BENJAMÍN CONSTANT foi comentada pelo citado jurista alemão.

como linha mestra a separação da função moderadora¹⁴⁸ da função de governo e foi a responsável pelo período de maior estabilidade institucional do país¹⁴⁹. Isso não se devia à adoção da monarquia (como apressadamente pode parecer), mas sim à divisão clara entre as funções moderadora e governamental.

Infelizmente a Constituição republicada de 1891 apresentou um retrocesso e abandonou a separação consagrada pela Carta monárquica de 1824, sob o equívoco de que a função moderadora seria inerente à monarquia. Este equívoco institucional vigora, praticamente sem rupturas, desde 1891¹⁵⁰ e se reproduz, quase invariavelmente, nas Cartas políticas do país, inclusive naquela que poderia ter corrigido esta distorção: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

II.3.b) Função Controladora ou Corretiva (Controle de Constitucionalidade):

Esta função é aquela destinada, no nível superior das funções do Estado, a controlar e corrigir os desvios normativos que eventualmente se mostrem de encontro com os valores superiores estabelecidos pela Constituição, adequando ou extirpando as normas contrárias a tais valores. Neste sentido:

A função corretora ou de jurisdição constitucional é a função de defender os fins últimos do Estado – vale dizer, os valores da democracia – no hemisfério das atividades jurídicas e mediante as técnicas da jurisdição. É a função dos tribunais constitucionais, de guarda da Constituição, preservando e atualizando o consenso que estabeleceu e mantém a ordem jurídica. Sua atividade mais visível é a de controle, pela via direta e abstrata, da constitucionalidade de lei ou ato do poder público, com efeito vinculante sobre os poderes públicos e a sociedade¹⁵¹.

¹⁴⁷ VASCONCELLOS, 1862, pp. 18 e seguintes, no capítulo intitulado: “*O que é o poder moderador*”.

¹⁴⁸ Dispunha o **Art. 98 da Constituição do Império do Brasil de 1824**: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos”.

¹⁴⁹ TORRES, 1962, pp. 49-54.

¹⁵⁰ SOUZA JÚNIOR, 1978, p. 91. Nas palavras do autor: “*Essa atribuição da chefia de Estado e de Governo a uma mesma pessoa como vigora desde 1891, a par de representar uma violação ao princípio da divisão do trabalho e da especialização das funções, condiciona problemas políticos muito graves e que se refletem negativamente sobre o funcionamento da democracia no Brasil*”.

¹⁵¹ SOUZA JÚNIOR, 2003, pp. 166-167.

É a clássica função do Tribunal Constitucional, nascido na primeira metade do século XX por idealização, basicamente, de HANS KELSEN¹⁵², onde a guarda da Constituição e de seus respectivos valores superiores é destinada a um Tribunal Constitucional independente, técnico e composto pelos mais altos juristas do Estado.

Esta função corretiva ou controladora do Tribunal Constitucional é entendida¹⁵³ como: (a) um legislador negativo, quando declara a inconstitucionalidade de uma Lei (aqui se entenda Lei no sentido amplo), (b) um legislador positivo (embora não seja sua principal prerrogativa), quando ajusta a Lei determinando qual a interpretação desta está de acordo com a Constituição, e de (c) um exercício de função política quando renova e atualiza os valores que fundam o consenso da sociedade.

Em qualquer dos itens mencionados no parágrafo anterior, torna-se claro que a função primordial do Tribunal Constitucional, ao exercer a função estatal de controle/correção, é a guarda dos valores constitucionais, protegendo estes das variáveis e das flutuações políticas que venham a se estabelecer, especialmente, no nível intermediário das funções do Estado; barrando legislação e deliberação governamental que se mostre contrária aos valores constitucionais estabelecidos pelo consenso político.

A função de controle torna-se, desta forma, essencial para o resguardo do consenso constitucional (valores estabelecidos no nível superior), sempre que o dissenso (ideologias estabelecidas no nível intermediário) avançar os limites que lhe são inerentes. Assim, temos que:

Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene¹⁵⁴.

Justamente por exercer esta função de controle, o Tribunal Constitucional deve necessariamente estar desvinculado¹⁵⁵ de outros Poderes do Estado¹⁵⁶, aplicando-se em

¹⁵² Ver, basicamente, duas obras do jurista: (1) KELSEN, 2007a, *Passim*. (2) KELSEN, 2007b, *Passim*.

¹⁵³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 130.

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010. p. 199.

¹⁵⁵ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*. p. 27. Ao desenvolver a necessidade de independência da Corte Constitucional, afirma: “A justiça constitucional é confiada a uma Corte ou Tribunal Constitucional independente de qualquer outra autoridade estatal”.

¹⁵⁶ PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 154.

relação a ele, com ainda mais força, a máxima de que para cada função deve corresponder um Poder Constituído.

Por esta mesma premissa, podemos afirmar que a função de controle (nível superior) não pode estar fundida com a função de jurisdição ordinária (nível próximo/concreto)¹⁵⁷, pois exercem funções estatais absolutamente diferentes e incompatíveis entre si; o primeiro controla o Direito baseado nos valores constitucionais, o segundo aplica e interpreta o Direito no caso concreto¹⁵⁸.

II.4. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS FUNÇÕES DO ESTADO:

Apresentada a análise supra, podemos consignar algumas premissas que devem ser fixadas acerca das funções do Estado. Diante da evolução doutrinária exposta, embora não exauriente, podemos estabelecer, como síntese, que as funções do Estado estariam divididas em (a) dois campos: um (a1) político e um (a2) jurídico; e (b) em três níveis: (b1) controlador, (b2) deliberativo, e (b3) executivo.

A sobreposição dos campos com os níveis resultaria em seis combinações possíveis que seriam as funções do Estado em espécie, a saber: moderadora (a1 + b1); controladora ou corretiva (a2 + b1); governamental (a1 + b2); legislativa (a2 + b2); administrativa (a1 + b3); e jurisdicional (a2 + b3).

As funções apresentadas existem independentemente do número de Poderes estabelecidos em um Estado (tripartição, tetrapartição, pentapartição, hexapartição, ou outro arranjo institucional¹⁵⁹). Se houver menos Poderes estabelecidos que funções, o que haverá é a cumulação de mais de uma função em um Poder; ou, ainda, cada função será mais ou menos visível (maximizada ou minimizada) conforme esteja separada ou cumulada em Poderes independentes ou em um único Poder.

A conclusão final, para o ponto em liça, é de que, (a) se as seis funções apresentadas existem independentemente do arranjo institucional (divisão de Poderes) e (b) que tais

¹⁵⁷ Importante registrar que esta segregação entre as funções de controle e jurisdição acentua-se sobremaneira nos Estado de tradição romano-germânica e atenua-se nos Estados de *commom law*. Tal distinção, no entanto, demandaria estudo aprofundado apartado deste ensaio, consignando-se apenas para o registro. Ver: SOUZA JÚNIOR, 2002, pp. 74-77.

¹⁵⁸ Sobre a divisão das funções de controle e jurisdicional ver ainda: ARAGÓN REYES, 1998, pp. 163 e seguintes; no capítulo intitulado “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”.

¹⁵⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, *Passim*.

funções são mais eficazmente exercidas se atribuídas cada uma a um Poder independente; podemos afirmar, então, que quanto maior for a entrega de cada uma das funções a um respectivo Poder independente, melhor e mais eficaz será o arranjo institucional do respectivo Estado, estabelecendo-se o espaço institucional necessário para o consenso (nível controlados), para o dissenso (nível deliberativo) e para a tecnicidade (nível executivo), sem que haja a indevida invasão de um pelo outro, o que, certamente, acarretaria em comprometimento institucional.

CAPÍTULO 2 – A FUNÇÃO DE CONTROLE COM MODELO SEPARADO

A forma de controle de constitucionalidade quando exercida pelo Tribunal Constitucional como monopólio do poder de rechaço do ato normativo inconstitucional, bem como das formas de decisões que daí podem derivar, possui na doutrina algumas nomenclaturas. Chama-se controle concentrado, porque exercido de forma exclusiva e uníssona pelo Tribunal Constitucional. Denomina-se controle abstrato, pois a análise da inconstitucionalidade se dá de forma desvinculada do caso concreto. Intitula-se controle separado, pois o exercício da função de controle é exercida de forma desvinculada institucionalmente da jurisdição ordinária (e do próprio Poder Judiciário, portanto). Para o presente adotaremos a nomenclatura de controle separado ao tratar do controle de constitucionalidade exercido através do monopólio da função de controle atribuído ao Tribunal Constitucional. A adoção se deve pelo fato de privilegiarmos a questão funcional das atividades do Estado e o enfoque, como se verá a seguir, se dará pela fusão ou não das funções de controle e de jurisdição ordinária.

Por seu turno, o exercício da função de controle pela jurisdição ordinária, de forma a fusionar as funções de controle e de jurisdição, também possui algumas nomenclaturas. Denomina-se difuso, ao passo que sendo exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário é realizado em uma amplitude indeterminável de casos. Intitula-se controle concreto, na medida em que é realizado de forma direta caso a caso, levando em consideração as peculiaridades e circunstâncias de cada caso. Chama-se cumulado, na medida em que as funções de controle e jurisdição são cumuladas em um mesmo Poder constituído, no caso o Poder Judiciário. Pelo mesmo motivo, a nomenclatura que adotaremos no presente será de controle cumulado ao tratar do controle de constitucionalidade quando exercido pela própria jurisdição ordinária.

III. A OPÇÃO DO MODELO SEPARADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE:

No primeiro Capítulo buscou-se estabelecer, em um panorama geral, a divisão racional das funções do Estado e a indicação de sua distribuição institucional mediante a atribuição de cada função a um Poder Constituído.

Caberá agora a exploração do nível controlador das funções do Estado no campo eminentemente jurídico; ou seja, a função de controle. Nos arranjos institucionais dos

sistemas jurídicos mais relevantes esta função é exercida basicamente de duas formas: a separada ou a cumulada.

Na primeira (separada) a função de controle é exercida por um Poder Constituído destinado especificamente para esta função, sob a forma da jurisdição constitucional. Na segunda (cumulada) a função de controle é exercida de forma fusionada com a função jurisdicional a nível executivo, cabendo ao Poder Constituído para o exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário) também o exercício da função de controle, passando este Poder a aplicar e controlar.

A investigação a que se propõe este Capítulo é justamente demonstrar as características básicas e a adequação (ou não) de cada um dos modelos a um arranjo institucional racional.

III.1. AS ORIGENS DO MODELO SEPARADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE:

A função de controle de forma separada ocorre quando esta função é atribuída a um Poder constituído autónomo¹⁶⁰, exercido por um órgão estatal moldado e destinado para esta finalidade: o Tribunal Constitucional.

As premissas básicas da ideia de controle concentrado de constitucionalidade das leis foram expostas por HANS KELSEN em 1928 no célebre ensaio denominado “*A Jurisdição Constitucional*”¹⁶¹, estando suas premissas básicas até hoje presentes nos modelos modernos de controle de constitucionalidade exercido de forma separada.

A ideia basilar de HANS KELSEN é de que em um ordenamento jurídico necessariamente as Leis devem estar conformes à Constituição¹⁶²; e caso não o estejam, seria o caso de nulidade absoluta daquelas. Esta estrutura normativa escalonada¹⁶³ é um dos pontos chave do pensamento deste doutrinador¹⁶⁴. Todavia, a lógica para com o escalonamento normativo e a necessária conformidade da legislação (e também dos atos normativos emanados do Governo) à Constituição não são apenas um raciocínio lógico proposto por

¹⁶⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 115 e seguintes.

¹⁶¹ KELSEN, 2007a, *Passim*.

¹⁶² CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. **Derecho y Poder: Kelsen y Schmitt Frente a Frente**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2013. pp. 57 e seguintes.

¹⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b. Trad. João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*. Primeira publicação: 1934. pp. 215 e seguintes.

¹⁶⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Trad. José Lamago. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. pp. 91 e seguintes.

HANS Kelsen para racionalizar o ordenamento jurídico e o próprio Direito. São garantias de que as leis (entendidas em sentido amplo: qualquer ato normativo) devem respeitar algo que está acima delas próprias, promovendo a segurança jurídica¹⁶⁵; ou seja, não pode uma deliberação legislativa decidir o quer que seja: há limites¹⁶⁶, pois “*a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras*”¹⁶⁷.

Na proposição kelseniana, esta barreira decorrente da Constituição nada mais é do que uma verdadeira proteção dos membros da sociedade contra o poder político exercido por determinado grupo majoritário durante determinado período; ou seja, a minoria deve estar resguardada¹⁶⁸, pois há valores consensuais superiores que não podem ser objeto de deliberação legislativa, e se o forem devem ser anulados, pois em desconformidade com a Constituição.

Justamente esta é a tarefa do Tribunal Constitucional: assegurar a conformidade das leis (aqui entendida como ato normativo, portanto em sentido amplo) com a Constituição e, por conseguinte, com os valores superiores que regem a sociedade e promovem segurança jurídica. Oportuno reproduzir passagens de HANS Kelsen que bem demonstram esta posição acerca da proteção da minoria exercida pelo Tribunal Constitucional mediante a técnica da conformidade legislativa com a Constituição:

(...). Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. (...). Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. (...). Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria¹⁶⁹.

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência da minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial

¹⁶⁵ Kelsen, 2007b, p. 240.

¹⁶⁶ Böckenförde, 2000, p. 95-98.

¹⁶⁷ Kelsen, 2007a, p. 131.

¹⁶⁸ Córdova Vianello, 2013, pp. 128-129.

¹⁶⁹ Kelsen, 2007a, pp. 181-182.

dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares¹⁷⁰.

O princípio da maioria não é, de modo algum, idêntico ao domínio absoluto da maioria, à ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, pela própria definição, a existência de uma minoria: e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria. O princípio de maioria em uma democracia é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático, por ser contrário ao princípio da maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão fosse decidida pela maioria. Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim, é possível impedir, até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é um elemento característico da democracia¹⁷¹.

Por presumir a divergência de posições políticas dentro da esfera delimitada pelos valores (pluralismo político), o normativismo kelseniano estabelece justamente a norma (estando a Constituição como a norma mais elevada, representativa dos valores consensuais, e sobre a qual as demais normas devem estar em conformidade) como garantia de segurança jurídica e de convivência pacífica entre os cidadãos. Neste sentido:

La Constitución en estas condiciones representa el conjunto de las reglas que permiten la convivencia pacífica entre los individuos, que son diversos en sus opiniones políticas, filosóficas y religiosas, en el marco del derecho. En este caso, la política es concebida como la constante búsqueda de la convivencia pacífica, que para ello hace uso del instrumento jurídico por excelencia: las normas¹⁷².

Em suma, no modelo kelseniano, a jurisdição constitucional, como Poder constituído autônomo, exercendo a função de controle de forma separada, atua como verdadeira garantia de proteção dos valores constitucionais, mediante o rechaço de atos normativos inconstitucionais que violem tais valores, promovendo a segurança jurídica e reestabelecendo esta quando ultrapassados os limites estabelecidos pela Constituição.

Em sentido oposto às proposições de HANS KELSEN, surgem as teorias do decisionismo político atribuídas a CARL SCHMITT¹⁷³. Para esta doutrina, a democracia, em sentido diametralmente oposto ao sugerido por HANS KELSEN (acima demonstrado), teria um caráter eminentemente plebiscitário – uma democracia plebiscitária¹⁷⁴; ou seja, a maioria

¹⁷⁰ KELSEN, 2000a, p. 67.

¹⁷¹ KELSEN, 2005, p. 411.

¹⁷² CÓRDOVA VIANELLO, 2013, pp. 278-279.

¹⁷³ SCHMITT, 2007, *Passim*.

¹⁷⁴ CÓRDOVA VIANELLO, 2013, pp. 258 e seguintes.

decidiria, de forma ilimitada, os rumos da ordem social e, por conseguinte, da ordem jurídica, a revelia de direitos natos da minoria enquanto tal em determinado momento.

No pensamento de CARL SCHMITT, a ideia da possibilidade de divergentes posições políticas dentro de um mesmo organismo estatal – pluralismo político – seria uma dificuldade ou uma impossibilidade ao normal funcionamento do Estado¹⁷⁵. O Estado pluralista de partidos com um nível de dissenso e contraposição de opções política representaria, de certa forma, a ruptura da unidade política¹⁷⁶. O conceito de democracia em SCHMITT parte, portanto, da premissa de que o Estado é um todo indissolúvel e orgânico, com uma ordem e uma decisão política estática predeterminada. Para SCHMITT “*la democracia es el gobierno del pueblo entendido como un todo orgánico y homogéneo, como una nación que toma conciencia de su propia existencia mediante su contraposición con otras naciones*”¹⁷⁷. Portanto, em CARL SCHMITT, a existência de um nível de dissenso destinado ao partidarismo político, seria absolutamente contrário ao que, para ele, seria democracia; o dissenso deveria ser eliminado mediante a orientação dominante (a maioria guia a minoria ao caminho correto e pressuposto – na medida em que esta está apenas desviada deste rumo), que nada mais seria que o afloramento de uma decisão política preexistente e orgânica ao próprio Estado, representativa, assim, da unidade. Passagens do autor não deixam dúvidas acerca desta orientação:

O Estado é uma unidade indivisível de que a parte vencida por maioria de votos, na verdade, não é violentada nem forçada, mas apenas conduzida a sua própria vontade real. Logo, não existe nenhuma vitória por maioria de votos, mas apenas um acordo dado desde o início, sempre existente e livre de desvios errôneos mediante votação¹⁷⁸.

O método da formação de vontade por meio de averiguação majoritária simples é razoável e suportável, se for possível pressupor uma homogeneidade substancial de todo o povo. Nesse caso, não haverá, pois, nenhuma vitória da minoria pela maioria de votos; e vez disso, a votação deverá fazer surgir apenas uma concordância e uma unanimidade pressupostas e existentes em latência. Como já foi afirmado anteriormente, uma vez que toda democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo, inteiro, uniforme, então não existe para ela, na coisa e na essência, nenhuma minoria, e menos ainda uma pluralidade de minorias firmes, constantes. (...). Parte-se do princípio de que, em virtude da pertença a um povo, todos desejem, de modo igual e em essência, o mesmo¹⁷⁹.

¹⁷⁵ SCHMITT, 2007, p. 232.

¹⁷⁶ CAAMAÑO MARTÍNEZ, José. **El Pensamiento Jurídico-Político de Carl Schmitt**. La Coruña: Porto Editores, 1950. pp. 79 e seguintes.

¹⁷⁷ CORDOVA VIANELLO, 2013, p. 261.

¹⁷⁸ SCHMITT, 2007, p. 212.

¹⁷⁹ SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Título Original: *Legalität und Legitimität*. Primeira publicação: 1932. pp. 28-29.

Como se observa, SCHMITT pressupõe a desnecessidade de proteção de minorias pelo simples fato de que estas inexistem na essência, pois parte da concepção de homogeneidade e unidade do Estado ao extremo. O dissenso deliberativo – pluralismo político – seria apenas um desvio a ser corrigido mediante a averiguação da vontade plebiscitária (a qual seria pressuposta e representativa da unidade do povo). A minoria, portanto, não possuiria direito algum, na medida em que está apenas enganada, sendo, portanto, guiada pela maioria de volta ao consenso pleno pressuposto.

Desta premissa decorre a tese central de SCHMITT para negar as proposições kelsenianas. Se a minoria não possui direitos, por que então haveria de existir um órgão estatal autônomo (o Tribunal Constitucional de KELSEN) para resguardar tais direitos? Ao contrário, muito mais importante seria um guardião da Constituição como protetor da unidade do povo, e não como protetor de direitos de minorias (afinal esta não existiria na essência). Desta forma, SCHMITT preconiza que a Constituição (entendida esta, para ele, não como um elemento limitador e controlador, mas sim como representativa da unidade pressuposta do povo) deva ser resguardada pelo Chefe de Estado, pois apenas este seria o legítimo representante da unidade do povo (o verdadeiro valor a ser guardado). Neste sentido:

La Constitución no es para este autor una norma que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que adquiere conciencia de su existencia colectiva. En consecuencia, custodiar a la Constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la constitucionalidad de las normas, sino, por el contrario, proteger la unidad y, por ello, la existencia política de un pueblo. Esta particular concepción revela, una vez más, el profundo rechazo que Schmitt le profesa a las concepciones normativistas¹⁸⁰.

Em suma, para SCHMITT a guarda da Constituição não deveria ser atribuída a um Tribunal Constitucional, a quem chamou de “*aristocracia de toga*”¹⁸¹, na medida em que tal Tribunal careceria de legitimidade democrática; ao contrário, o guardião da Constituição deveria ser o Chefe de Estado, legitimado pelo povo para lhe representar e garantir a unidade e coesão deste mesmo povo.

Como se pode observar, não é possível estabelecer a apressada conclusão de que para KELSEN a função de guarda da Constituição deva ser outorgada ao Tribunal Constitucional e para SCHMITT a mesma função deva ser atribuída ao Chefe de Estado. A questão passa pelo

¹⁸⁰ CÓRDOVA VIANELLO, 2013, p. 278.

¹⁸¹ SCHMITT, 2007, p. 228.

fato de que ambos mantinham como premissas para suas respectivas conclusões concepções diferentes (opostas) de Estado, Constituição e Direito¹⁸². A questão não é definir quem deve guardar a Constituição para cada um dos autores mencionados, mas sim o que deve ser guardado. Ambos partem de premissas diferentes e, por isso, suas conclusões são diferentes¹⁸³. Para KELSEN a Constituição teria caráter eminentemente jurídico, representando garantia de ordem jurídica; ou seja, confunde-se com o que modernamente entende-se por Estado de Direito, por isso o Tribunal Constitucional exerceria justamente o controle eminentemente jurídico contra majoritário, impedindo violações da ordem jurídica e do Estado de Direito^{184 185 186}. Por seu turno, para SCHMITT, a Constituição teria caráter eminentemente político, representando o pacto de unidade política do povo¹⁸⁷. Logo, partindo-se destas premissas, depreende-se por que cada autor chegou a suas conclusões, aparentemente antagônicas, e defendera, cada qual, fervorosamente suas respectivas posições.

No entanto, com o avançar do debate, a guarda da Constituição mostrou-se muito mais como uma necessidade de controle efetivo do ordenamento (função de controle) e manutenção do Estado de Direito; do que um controle político (função moderadora) dos atos dos níveis inferiores. A Chefia de Estado, responsável nata pela função moderadora, passou a exercer papel muito mais simbólico de unidade estatal do que de atuação efetiva em concreto¹⁸⁸. As experiências de atribuição da função de controle ao Chefe de Estado, ou melhor, a fusão das funções moderadora e controladora unicamente no Chefe de Estado, como preconizava SCHMITT, desencadeou resultados catastróficos na primeira metade do século XX com o surgimento dos regimes totalitários^{189 190}.

A grande verdade é que nem um controle exclusivamente jurídico ou exclusivamente político, e muito menos a fusão destes dois controles no mesmo Poder, podem exercer de forma completa o nível controlador das funções do Estado. Ambos os controles, político (Chefia de Estado) e jurídico (Tribunal Constitucional) devem ser exercidos dentro de suas

¹⁸² LOMBARDI, Giorgio. **Estudio Preliminar: La Querella Schmitt/Kelsen: Consideraciones sobre lo Vivo y lo Muerto en la Gran Polémica sobre la Justicia Constitucional del Siglo XX**. Madrid: Tecnos, 2009. p. 10.

¹⁸³ CORDOVA VIANELLO, 2013, p. 181.

¹⁸⁴ KELSEN, 2007a. pp. 130-132.

¹⁸⁵ KELSEN, 2007b, pp. 239-240.

¹⁸⁶ KELSEN, 2005, p. 182.

¹⁸⁷ SCHMITT, 2007, p. 208.

¹⁸⁸ JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. El Poder Judicial y La Defensa de la Constitución en Carl Schmitt. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 161, pp. 41-67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. p. 58.

¹⁸⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 118.

¹⁹⁰ PÉREZ ROYO, Javier. **Tribunal Constitucional y División de Poderes**. Madrid: Tecnos, 1988. Pg. 41.

atribuições racionais, respectivamente, a manutenção da unidade estatal e a garantia do Estado de Direito, complementando-se¹⁹¹. Importa repisar, neste ponto, que o nível controlador das funções do Estado, de que ora se trata, a separação entre controle político e jurídico se dá pela prevalência funcional (como anteriormente destacado), pois nem o controle jurídico está desprovido de uma carga (forte, aliás) de matéria política, nem o controle político está desprovido de matéria jurídica.

Toda esta ebulição doutrinária ocorrida na primeira metade do século XX consagrou a teoria kelseniana do controle de constitucionalidade como garantia do Estado de Direito. A compreensão exata dos limites e circunstâncias destas doutrinas estabelecem os exatos termos em que está inserido o afloramento da função de controle exercida pelo Tribunal Constitucional; bem como é fundamental para compreender a natureza das funções modernas do Tribunal Constitucional.

III.2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELA FUNÇÃO DE CONTROLE DE FORMA SEPARADA:

Após as experiências doutrinárias e políticas da primeira metade do século XX, o modelo de controle de constitucionalidade de forma separada ganhou força e se desenvolveu¹⁹², notadamente na Europa continental, na medida em que restou provada a necessidade de um órgão (ou Poder) autônomo a quem confiar o exercício da função de controle¹⁹³, a qual não poderia estar cumulada por outro órgão (ou Poder) político, notadamente a Chefia de Estado, sob pena de não se atingir a finalidade de garantir o Estado de Direito e, ao contrário, potencialmente violá-lo¹⁹⁴.

A função de última instância jurídico-política, onde localizadas as funções moderadora e controladora, precisava necessariamente ser desempenhada não por um único órgão de última instância, mas sim dividida entre a Chefia de Estado e o Tribunal Constitucional; aquele dotado das funções (bastante simbólicas) de harmonia política e representação do

¹⁹¹ LOMBARDI, 2009, p. 43.

¹⁹² SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. **Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Dykinson, 1997. p. 150.

¹⁹³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 117.

¹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade federal do Rio Grande do Sul**. Volume 20, pp. 261-286. Porto Alegre: Nova Prova Gráfica, 2001. p. 263.

consenso estatal¹⁹⁵, e este exercendo as funções de garantias efetivas da ordem constitucional contra desvios dos níveis deliberativos¹⁹⁶.

III.2.a) Objeto da Função de Controle Realizada pelo Tribunal Constitucional:

A função de controle, exercida de forma separada é a responsável pelo controle especialmente dos níveis deliberativos (mas também dos níveis executivos) contra violações dos valores consensuais estabelecidos na Constituição. A tão almejada segurança do Estado de Direito não é possível sem que haja uma instância responsável para avaliar as respectivas violações; do contrário, uma vez violada a Constituição a quem se poderia recorrer? Daí a necessidade de atribuição desta função ao Tribunal Constitucional com o monopólio da última palavra sobre uma potencial violação dos valores constitucionais, na medida em que não se pode outorgar ao(s) próprio(s) potencial(ais) violador(es) a prerrogativa de se auto controlar¹⁹⁷
198.

Desta forma, o Tribunal Constitucional, dotado do exercício da função de controle, tem a atribuição de¹⁹⁹ (a) garantir o Estado de Direito através do respeito aos valores constitucionais, protegendo tais valores de violações exercidas pelos níveis inferiores; e (b) através do exercício do controle reafirmar o consenso político constitucional; e renovar constantemente o poder constituinte originário, reafirmando os valores consensuais, adequando-os a novas exigências históricas e culturais.

Acima mencionamos que o nível deliberativo das funções do Estado é aquele destinado à deliberação; ou seja, à tomada de decisões normativas, produzindo legislação, e à escolha de decisões políticas, estabelecendo políticas públicas. Este nível das funções do Estado é aquele destinado ao confronto de ideologias e, por conseguinte, estará sempre (e naturalmente) tendendo para determinado ponto dentro do espectro do pluralismo político. Este nível deliberativo, como já mencionado anteriormente, sofre a limitação pela Constituição que dita os valores consensuais do Estado; ou seja, é a Constituição quem delimita o campo possível de atuação do nível deliberativo de funções do Estado²⁰⁰.

¹⁹⁵ KELSEN, 2007b, p. 281.

¹⁹⁶ REVERBEL, 2012a, p. 52.

¹⁹⁷ FAVOREU, 2004, p. 23.

¹⁹⁸ KELSEN, 2007b, p. 240.

¹⁹⁹ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 133-134.

²⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedida, 2014. pp. 24-25.

Ocorre que as funções legislativa e governamental²⁰¹ podem ultrapassar estes limites estabelecidos pela Constituição e produzir legislação ou ditar políticas que vão de encontro aos valores consensuais superiores, havendo, inclusive, certa tendência inercial a não observância de tais limites^{202 203}. Uma vez ultrapassados tais limites, estariam violados os valores, em prol de determinada orientação ideológica. Não raras vezes esta ultrapassagem dos limites estabelecidos se dá de forma até mesmo consciente e proposital, desvirtuando por completo a racionalidade do sistema de pluralismo político.

Esta anomalia, seja ela realizada de forma deliberada (um regime autoritário ou totalitário) ou de forma involuntária (uma violação Constitucional não intencional), deve sempre ser corrigida, para que as decisões tomadas pelo nível deliberativo das funções do Estado permaneçam dentro do espectro de possibilidades ditado pela Constituição^{204 205}. Uma determinada decisão dos níveis deliberativos, ainda que tomada pela maioria de forma aparentemente democrática, deve necessariamente ser corrigida se ultrapassar os limites constitucionais, na medida em que a maioria não pode e não deve exercer poder absoluto sobre a minoria^{206 207 208}, arriscando a manutenção do consenso constitucional, na medida em que esta premissa de entender-se a democracia como sendo apenas a vontade da maioria negaria existência aos limites constitucionais²⁰⁹, afigurando-se, em verdade, numa violação da

²⁰¹ A ultrapassagem destes limites também poderia se dar pela função jurisdicional, notadamente quando admitido o modelo cumulado de controle de constitucionalidade. Este tema será retomado em sequência.

²⁰² LOEWENSTEIN, 1976, pp. 28-29.

²⁰³ DAHL, Robert A. **La Igualdad Política**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2008. Trad. Liliana Andrade Llanas. Título Original: *On Political Equality*. pp. 19-20.

²⁰⁴ REVERBEL, 2012a, p. 53.

²⁰⁵ ARAGÓN REYES, 1998, Nas palavras do autor: “*Por ‘contenido esencial’ se entiende el reducto o núcleo de derecho indisponible por el legislador. La ley puede desarrollar de diversas maneras el ejercicio del derecho, gozando de un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación política de la Constitución, pero en esa tarea el legislador, cualquier legislador, tiene un límite infranqueable: el respecto a esos elementos mínimos sin los cuales el derecho no existiría como tal derecho. La Constitución, al declarar los derechos los garantiza para los ciudadanos y, por ello, los impone al propio legislador. No queda en manos de la ley la existencia de derechos fundamentales en el ordenamiento. Los derechos son ‘ex-constitutione’ e no ‘ex-lege’, pero al legislador le corresponde su desarrollo (reserva de ley), aunque siempre respetando el límite que la Constitución le impone, que es, exactamente, el contenido esencial de derecho fundamental*”.

²⁰⁶ JELLINEK, 2012, p. 433. p. 439. p. 470.

²⁰⁷ KELSEN, 2005, pp. 411 e seguintes.

²⁰⁸ CÓRDOVA VIANELLO, 2013, pp. 128 e seguintes.

²⁰⁹ KELSEN, 2000a, p. 67. p. 106.

própria democracia²¹⁰. Neste ponto mostra-se precisa a lição do autor português J. J. GOMES CANOTILHO:

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias. A maioria não pode dispor de toda a ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por exemplo, com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio maioritário. (...). O princípio maioritário não exclui, antes respeita, o ‘pensar de outra maneira’, o ‘pensamento alternativo’. Noutros termos: o princípio maioritário assenta politicamente num ‘relativismo pragmático’ e não num ‘fundamentalismo de maiorias’. Para utilizarmos as palavras de um ex-presidente do Tribunal Constitucional Alemão: o pressuposto básico da praticabilidade do princípio maioritário é a ausência de pretensões absolutas de verdade²¹¹.

Neste exato ponto é que se afigura a atuação do Tribunal Constitucional como garantidor²¹² da observância aos valores consensuais constitucionais e definidor dos limites de atuação do pluralismo político²¹³, mediante o exercício da função de controle. Desrespeitados em tese os limites impostos pela Constituição enquanto norma definidora dos valores comuns²¹⁴, a instituição responsável por dizer se tais limites foram ou não ultrapassados é justamente o Tribunal Constitucional; impedindo a atuação do fluxo majoritário²¹⁵ (tanto na elaboração de leis como na eleição de políticas públicas) quando este desrespeitar os limites inerentes ao nível deliberativo²¹⁶. Assim, o Tribunal Constitucional afigura-se como verdadeiro “*instrumento de defensa frente a la opresión, como un instrumento de protección de las minorías, de defensa del pacto constituyente frente a posibles interpretaciones mayoritarias futuras poco respetuosas del mismo*”²¹⁷.

²¹⁰ GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. p. 289.

²¹¹ CANOTILHO, 2003, pp. 329-330.

²¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 203.

²¹³ PEREZ ROYO, 1988. p. 79.

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 188.

²¹⁵ CAPPELLETTI, 2001, p. 273.

²¹⁶ FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997. pp. 106-107. Nas palavras do autor: “*Las funciones de los tribunales constitucionales se expresan en el marco de los regímenes políticos de los países europeos. En el orden político, primero, estas instituciones desempeñan un equilibrio no sólo entre los diversos poderes sino también, en la mayor parte de los sistemas, entre la mayoría y la oposición*”.

²¹⁷ PEREZ ROYO, 1988, p. 42.

A segurança almejada pela Constituição, entendida esta como norma superior e definidora dos valores consensuais²¹⁸ a limitar o próprio Estado^{219 220}, torna-se, senão impossível, muito distante sem a presença do Tribunal Constitucional²²¹ no exercício concentrado da função de controle. Os limites estabelecidos pelos valores unitários passariam a ser desrespeitados e fluiriam conforme as forças políticas de determinado momento, a revelar a segurança constitucional almejada. Neste sentido:

Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que impugna su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros. El conflicto constitucional se convierte entonces en una fractura irrestañable de consenso básico, que la Constitución está llamada a asegurar, y la resolución de ese conflicto queda remitida desde ese momento a ajustes constitucionales sucesivos, a cambios constituyentes constantes²²².

Ao realizar o controle dos atos dos níveis deliberativos o Tribunal Constitucional exerce, como mencionado acima, um papel de renovação e reafirmação²²³ dos valores consensuais de que é guardião. Declarando um ato normativo conforme ou desconforme com a Constituição, ou determinando como deve este ato normativo ser interpretado (interpretação conforme a Constituição), o Tribunal Constitucional não está apenas aplicando a norma constitucional e controlando o ato normativo a ele submetido; mas, mais que isso, como

²¹⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1438. Nos dizeres do autor: “*Uma das principais funções de uma lei constitucional continua a ser a da revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores, ideias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade*”.

²¹⁹ LOMBARDI, 2009, p. 60.

²²⁰ OTTO Y PARDO, Ignacio de. Derecho Constitucional - Sistema de Fuentes. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010a. Primeira publicação em 1987. p. 825. Nos dizeres do autor: “*La fundamentación del poder de creación normativa y su sumisión a límites, un problema que no podía emerger a la conciencia jurídica premoderna, se hace así cuestión capital en los ordenamientos modernos, primero con el concepto de leyes fundamentales esgrimidas frente al absolutismo, esto es, frente a los primeros pasos a la soberanía-positividad, luego en el constitucionalismo. Se trata del problema de establecer el en interior del ordenamiento mismo una norma que cumpla las funciones antes asignadas al derecho natural o a la historia*”.

²²¹ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Volume 113, pp. 633-727. Cambridge: Harvard, 2000. p. 664. p. 667.

²²² GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 199.

²²³ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 124.

produto direto²²⁴ desta função de controle, ele renova, atualiza e reafirma o consenso constitucional²²⁵.

Tudo isso avalizado pela legitimidade a ele outorgada para realizar a interpretação do texto Constitucional²²⁶, na qualidade de “*órgano supremo de la interpretación de la Constitución y de la interpretación constitucional de la ley*”²²⁷; gerando uma espécie de confiança em suas decisões, capaz de produzir uma permanente “*renovación del pacto constituyente, un acuerdo consensuado entre la mayoría y la minoría*”²²⁸. Esta renovação e reafirmação permanente do pacto consensual pela atuação do Tribunal Constitucional contribui à efetivação da tão almejada segurança jurídica (ou segurança política); gerando um verdadeiro efeito de conforto político na sociedade²²⁹.

Importante destacar que a outorga desta prerrogativa ao Tribunal Constitucional não o coloca acima do Poder Legislativo e tampouco lhe transforma em um Poder Constituinte permanente, devendo sempre cuidar para não ultrapassar os próprios limites impostos pela Constituição – ele interpreta, renova e reafirma, mas não modifica a Constituição²³⁰. O Tribunal Constitucional não atua ativamente, senão apenas negativamente; ou seja, deve ser provocado – ele não cria de forma direta, mas ele controla. Ao exercer tal controle é que ele

²²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 205.

²²⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio. **Estado de Derecho y Democracia de Partidos**. 2ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 2004. p. 205. Nos dizeres do autor: “*La jurisdicción constitucional, al interpretar la Constitución, se convierte en válvula de adaptación del ordenamiento jurídico a las cambiantes necesidades sociales y políticas. Cuanto más eficazmente cumpla esta función, menos acusada será la necesidad de reformar la Constitución*”.

²²⁶ OTTO Y PARDO, Ignacio de. La Posición del Tribunal Constitucional a Partir de la Doctrina de la Interpretación Constitucional. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010c. Primeira publicação em 1981. p. 1169.

²²⁷ ARAGÓN REYES, 1998, p. 138.

²²⁸ PEREZ ROYO, 1988, p. 44.

²²⁹ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. pp. 30-31.

²³⁰ PALMA, Maria Fernanda. O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 12, pp. 319-332. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 320. Refere a autora: “*Ser intérprete da Constituição é a única fórmula que legitima o juiz constitucional e o impede de ser um contra-legislador, um legislador-obstáculo ou negativo. Tal legitimação depende, no entanto, do modo de ser intérprete. O juiz constitucional deverá ser hercúleo, o mais clarividente e plenamente aceite segundo a legitimidade da razão. Pode desenvolver até criativamente a Constituição, mas não pode ultrapassar as barreiras que esta impõe (...). Os efeitos das sentenças constitucionais revelam esta tensão entre um legislador negativo que impede a afirmação das leis e um intérprete criativo. Enquanto interpretam a Constituição, as sentenças constitucionais desenvolvem-na perante a questão concreta. O seu efeito imediato é, assim, o de um oráculo que transmite afirmações de validade contidas, embora implicitamente, na Constituição e que criam vias normativas de decisão de casos*”.

reafirma o consenso, sempre em um diálogo permanente²³¹ com os níveis deliberativos, notadamente o Poder Legislativo²³². Neste sentido:

El Tribunal Constitucional resulta ser así un órgano de muy especial trascendencia en el sistema jurídico. No sólo porque desempeña el papel de supremo garante de la Constitución y de árbitro máximo, en sentido jurídico, de la división territorial y funcional del poder (...), sino también por la función recreadora de la Constitución (y del ordenamiento en su conjunto) que mediante su doctrina lleva a cabo. Sin embargo, no es exactamente un comisionado del poder constituyente, en el sentido más fuerte de esa expresión, sino un órgano constitucional que, como tal, es poder constituido y que debe suplantar a los demás poderes constituidos, especialmente al legislador²³³.

Assim, o Tribunal Constitucional, atuando em permanente diálogo com as instâncias deliberativas²³⁴, e exercendo a função de controle, não apenas interpreta, renova e reafirma os valores constitucionais, mas, mais que isso, ao fazê-lo, promove o que podemos chamar de segurança política. Portanto, quanto mais legitimidade e confiança forem depositadas no Tribunal Constitucional, maior será a estabilidade constitucional; podendo afirmar-se que a jurisdição constitucional:

Es un instrumento incomparable de paz jurídica y de renovación de los consensos fundamentales, que son los que sostienen la Constitución. Como certeramente se ha notado, la justicia constitucional es el instrumento a través del cual el *fundamental law*, el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia²³⁵.

Diante das atribuições da função de controle exercida pelo Tribunal Constitucional mediante o monopólio do poder de rechaço de atos normativos contrários à Constituição, bem como do monopólio da indicação de interpretações legislativas conforme a Constituição em caráter vinculante, assim como a de reafirmação dos valores constitucionais que esta atividade desempenha, resta praticamente impossível afirmar que o Tribunal Constitucional exerça uma função apenas e tão somente jurídica (advertência que é natural aos níveis superiores das funções do Estado, conforme anteriormente já mencionado).

A Constituição é uma norma (jurídico) cuja matéria é o conjunto de valores consensuais (político); e, ao aplicar a norma (Constituição), a função de controle está, por

²³¹ NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Las Respuestas Legislativas a las Declaraciones de Inconstitucionalidad como Forma de Diálogo Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Volume 95, pp. 139-168. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. *Passim*.

²³² GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 213.

²³³ ARAGÓN REYES, 1998, p. 139.

²³⁴ REVERBEL, 2012a, p. 61.

²³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 208.

consequência lógica, lidando com considerável grau de questões políticas^{236 237}. Seria correto afirmar que as funções de um Tribunal Constitucional seriam materialmente políticas (valores) e instrumentalmente jurídicas (Constituição como norma)^{238 239}. Neste sentido:

O poder constituinte originário, pela via da hexapartição dos poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o instrumento que representa a unidade da sociedade (acima das diversidades internas de qualquer cunho), e que expressa o consenso democrático, generoso e incluyente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo²⁴⁰.

Desta forma, o exercício da função de controle no modelo separado, com um Tribunal Constitucional autônomo, independente e com monopólio do poder de rechaço dos atos normativos, afigura-se em uma atuação de forma jurídica mediante a aplicação da Constituição enquanto norma, e de forma política enquanto órgão legitimado pelo poder constituinte originário para resguardar os valores políticos fundamentais insculpidos na Constituição. Assim agindo, o Tribunal Constitucional indica os limites dos níveis deliberativos²⁴¹ mediante o rechaço de atos inconstitucionais ou a vinculação de determinada interpretação do ato normativo conforme a Constituição, em consonância com os valores consensuais e de forma calculável, vinculante e *erga omnes*²⁴². Tudo no intuito máximo de

²³⁶ PEREZ ROYO, 1988, p. 47.

²³⁷ TORRES DEL MORAL, 2004, p. 209.

²³⁸ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 135.

²³⁹ OTTO Y PARDO, 2010c, p. 1165. Nos dizeres do autor: *“Los órganos de la jurisdicción constitucional tienen que aparecer necesariamente como órganos políticos, porque, si bien la función que se les asigna es la de aplicar normas, la predeterminación que contienen las constitucionales es mínima: el derecho constitucional tiene, si se quiere decir así, muy escasa densidad en la predeterminación de los actos a él sometidos. Serían órganos puramente jurídicos, según el planteamiento clásico, si en vez de adoptar decisiones se limitasen a actuar lo ya decidido por el constituyente, mediante una deducción de sus juicios a partir de la norma constitucional con un método puramente jurídico. Pero la operación silogística que se considera contenido de la jurisdicción no puede tener lugar aquí, porque las normas constitucionales, y muy en concreto las que declaran derechos fundamentales, no pueden operar como premisa mayor de una subsunción. Esta escasa densidad de la normación – y la consiguiente libertad del que la aplica – trae como consecuencia que en los Tribunales Constitucionales se desdibuje la diferencia entre política y derecho, de modo que los Tribunales aparezcan como órganos que adoptan decisiones políticas bajo el ropaje de la aplicación de normas”*.

²⁴⁰ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, p. 133.

²⁴¹ PEREZ ROYO, 1988, pp. 79-80.

²⁴² BREWER CARÍAS, Allan R. La Jurisdicción Constitucional en América Latina. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997. pp. 155-156.

promover estabilidade, renovando²⁴³ e gerando consenso político²⁴⁴, para o atingimento não só da segurança jurídica como também da segurança política.

III.2.b) A Atuação do Tribunal Constitucional como “Legislador Negativo”:

Uma das principais oposições à adoção de uma alta Corte Constitucional dotada do monopólio do poder rechaço de atos normativos inconstitucionais é a afirmação de que esta Corte careceria de legitimação democrática para ir de encontro às deliberações legislativas tomadas pela maioria parlamentar. A pergunta é: como poderia uma alta Corte, com membros não diretamente representantes do povo, rechaçar uma deliberação tomada pelos legítimos representantes do povo (legisladores e governantes)?²⁴⁵

A resposta a esta pergunta, para ser negativa (não pode), necessariamente deveria partir de uma premissa que pressupunha a infalibilidade dos níveis deliberativos, como se estes representassem, de forma plena, a vontade geral²⁴⁶. Sabemos que não é assim, e a crítica a esta posição com a demonstração de que os níveis deliberativos são suscetíveis de ultrapassar seus limites e errar já não é nova^{247 248}. Permitir que os níveis deliberativos sejam ilimitados, sem o estabelecimento de um controle externo, seria o mesmo que estimulá-los a promover violações aos Direitos inalienáveis mediante a invasão daquelas esferas que não podem (ou não devem) ser objeto de deliberação. Neste sentido:

Na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco da perversão. O controle judicial, certamente, não é um remédio infalível;

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, pp. 205-206.

²⁴⁵ FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia Constitucional y Democracia**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2012. pp. 43 e seguintes. O autor trás três desdobramentos ao questionamento da legitimidade democrática: 1) A menor legitimidade democrática propriamente dita em comparação do o parlamento; 2) A rigidez da Constituição e a dificuldade de respostas legislativas aos pronunciamentos da Corte Constitucional; e 3) A controvérsia acerca de abundância de possibilidades interpretativas da Constituição.

²⁴⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Du Contrat Social*. Primeira publicação: 1762. *Passim*.

²⁴⁷ JELLINEK, 2012, p. 433. p. 439. p. 470.

²⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 200. Nos dizeres do autor: “*El argumento jacobino, que finge escándalo ante la posibilidad de una decisión judicial sobreponiéndose a un voto mayoritario de la Asamblea, representante de la voluntad general, es no sólo claramente sofisticado, sino negador del concepto mismo de Constitución*”.

como proteção de nossas liberdades, muitas vezes pode provar ser incapaz de resistir à tirania, como demonstrado pela experiência de muitas nações. Se esse não é uma barreira invencível, talvez, possa agir, pelo menos, como um aviso e uma advertência. (...). Se é verdade, como eu penso, e como demonstram amplamente os estudos do direito comparado, que na era após a II Guerra Mundial a revisão judicial em muitos países tem sido um valioso instrumento para reforçar as liberdades fundamentais, então sua legitimidade democrática estará também confirmada, pois qualquer coisa que possa reforçar a liberdade dos cidadãos reforçará também a democracia²⁴⁹.

A questão não é nova e volta ao que antes já alertado acerca das limitações dos órgãos democráticos (deliberativos), onde a deliberação da maioria deve respeitar certos limites, estabelecendo-se a dicotomia entre a legitimidade democrática do parlamento e os direitos individuais. Talvez a crítica mais conhecida à instituição do Tribunal Constitucional seja aquela apresentada por CARL SCHMITT ao refutar o modelo kelseniano, sob o fundamento de que um Tribunal não poderia exercer a função de controle. Nas palavras de SCHMITT:

Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia de toga²⁵⁰.

Os fundamentos de SCHMITT, já anteriormente expostos, seriam de que o Tribunal Constitucional careceria de legitimidade democrática e não poderia se sobrepor às decisões soberanas dos níveis deliberativos. Para este ponto, a crítica com base no déficit democrático é o que nos interessa; pois a solução reclamada por SCHMITT (a outorga da guarda da Constituição exclusivamente ao Chefe de Estado²⁵¹) não parece ser a mais adequada²⁵².

Os níveis deliberativos são, por sua própria natureza, passíveis de falhas. Aos níveis deliberativos é dada a possibilidade de errar quando tomam suas decisões. Quando este desacerto é politicamente reprovado o controle político é exercido, no sistema parlamentarista, com a troca do governo e, no sistema presidencialista, pelo voto direto. Este raciocínio também serve para a função legislativa, mediante ratificação ou retificação dos membros do parlamento mediante eleições livres.

Todavia, esta falibilidade inerente aos níveis deliberativos não deve ficar adstrita ao controle político tão somente (entendido este como o que ponderado no parágrafo precedente); deve haver, quando o erro ou falha deliberativa ultrapassa os limites do possível,

²⁴⁹ CAPPELLETTI, 2001, p. 286.

²⁵⁰ SCHMITT, 2007, p. 228.

²⁵¹ SCHMITT, 2007, pp. 229 e seguintes.

²⁵² KELSEN, 2007b, pp. 241-250.

o exercício de uma função de controle jurídico-político a ser exercício, justamente, pelo Tribunal Constitucional.

Logo, se se cogita de um déficit democrático da Corte Constitucional para impor limites aos níveis deliberativos; o que se poderia dizer de um nível deliberativo ilimitado? Seria democrático se não houvesse limites à deliberação (limites impostos pela Constituição)²⁵³? Se a resposta é negativa (e deve ser) então o argumento do déficit democrático cai diante da conclusão de que, sim, deve haver um nível superior de controle desvinculado dos níveis deliberativos²⁵⁴. E se deve haver o controle, o Tribunal Constitucional é, diante desta premissa, a resposta mais adequada para o exercício desta função, na medida em que, ao guardar os limites constitucionais²⁵⁵, atua como verdadeiro complemento dos níveis deliberativos, notadamente da função legislativa, mediante uma chancela (quando provocado a se manifestar) de constitucionalidade dos atos normativos²⁵⁶.

Esta atuação do Tribunal Constitucional se dá, mantendo a essência do modelo original kelseniano, sob a forma de um legislador negativo. Suas decisões são tomadas a partir de atos emanados dos níveis deliberativos, em caráter abstrato (entendido como não afeito aos fatos do caso concreto) e com eficácia, de regra, *erga omnes*; vinculando os cidadãos e os demais órgãos do Estado que estariam submetidos à legislação (notadamente a jurisdição ordinária, o governo, e a administração)^{257 258}. Em suma, exerce uma espécie de contra fluxo legislativo, criando (mediante invalidação, convalidação ou adequação) Direito a partir daquilo que é produzido pelas instâncias deliberativas e vem a lhe ser submetido, como se fosse uma espécie de “juiz da Lei”²⁵⁹. A fórmula da atuação do Tribunal Constitucional como

²⁵³ ARAGÓN REYES, 1998, pp. 155-156. Nas palavras do autor: “*Sólo la garantía constitucional de los derechos fundamentales, indisponibles por el legislador, permitía juridificar de manera más plena la democracia, es decir, asegurar que, en el Estado democrático, el pueblo seguiría siendo soberano, esto es, seguiría siendo un pueblo libre, cuya libertad sería intocable (jurídicamente) incluso por obra de la propia mayoría*”.

²⁵⁴ KELSEN, 2007a, p. 150.

²⁵⁵ REVERBEL, 2012a, p. 52.

²⁵⁶ PALMA, 2008, p. 331. *Verbis*: “*O juiz constitucional é, no fundo, a ‘boca que pronuncia’, no caso concreto, as palavras da Constituição. Por isso não é um legislador obstáculo*”.

²⁵⁷ SOUZA JÚNIOR; REVERBEL, 2016, pp. 134-135. Nos dizeres dos autores: “*O Tribunal Constitucional cria direito. A forma do produto final de sua atividade é legislativa, inicialmente negativa, mas, atualmente, também positiva. Portanto, na forma de sua ação sobre o ordenamento jurídico, a função do Tribunal Constitucional é de natureza legislativa. Suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram matéria de fato concreto. Em consequência, a eficácia subjetiva das decisões é, em princípio, erga omnes e ex tunc, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo, da Administração e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento*”.

²⁵⁸ OTTO Y PARDO, 2010a, pp. 1072-1073.

²⁵⁹ PEREZ ROYO, 1988, p. 64.

legislador negativo²⁶⁰ pode ser muito bem compreendida nas palavras originárias de HANS Kelsen:

Anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto, poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo²⁶¹.

Desta forma, o Tribunal Constitucional coloca-se como verdadeiro complemento democrático das instâncias deliberativas, estando acima destas (na medida em que as controla), mas não possuindo a prerrogativa originária deliberativa (na medida em que não substitui politicamente as instâncias deliberativas). A expressão “legislador negativo” muito antes de colocar o Tribunal Constitucional em posição de embate com os níveis deliberativos o coloca como complemento lógico e necessário para a guarda dos valores constitucionais. Neste sentido:

El Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la Ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la Ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un ‘legislador negativo’, aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte. Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el ‘legislador positivo’; otro, el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las Leyes que no respetan el marco constitucional²⁶².

Todavía, esta postura eminentemente negativa (como contra fluxo deliberativo), por vezes, pode não se mostrar suficiente para o correto desenvolvimento da função de controle exercida pelo Tribunal Constitucional. Isso porque o ato deliberativo, notadamente neste caso do legislador, pode ser comissivo, ou seja, uma omissão legislativa; ou, ainda, uma

²⁶⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997. p. 75.

²⁶¹ Kelsen, 2007a, pp. 151-152. Do mesmo autor, acerca da fixação do modelo do Tribunal Constitucional como legislador negativo ver também: (1) Kelsen, 2007b, p. 263. (2) Kelsen, Hans. **O Controle Judicial da Constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)**. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c. Título original: *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. Primeira publicação: 1942. pp. 305-306.

²⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 65.

incompletude legislativa. Para estes casos, a postura de legislador negativo do Tribunal Constitucional pode não ser suficiente para o controle efetivo, sendo que vem sendo admitida a atuação deste como “legislador positivo” em determinados casos, visando dar efetividade à função de controle²⁶³.

Esta técnica dá espaço à tomada de “decisões aditivas”²⁶⁴ ou de “efeitos aditivos”²⁶⁵, mediante as quais o Tribunal Constitucional não apenas atua negativamente mediante o rechaço ou adequação de um texto legislativo, mas, indo mais além, agrega a este texto legislativo determinadas circunstâncias que, originalmente, estariam fora de seu escopo, no intuito de corrigir eventual distorção de constitucionalidade²⁶⁶. Neste sentido:

Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta. Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem ou ao adstringir a um dever ou ônus, contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativamente ou quantitativamente, violem o princípio da igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projetam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adotam o segundo termo da alternativa²⁶⁷.

Em suma, as decisões aditivas são aquelas em que, ao exercer o controle, o Tribunal Constitucional efetivamente cria, mediante adição ou substituição²⁶⁸ em relação ao texto

²⁶³ ESCOBAR FORNOS, Iván. Relaciones y Tensiones de la Justicia Constitucional con Los Poderes del Estado: Crisis Permanente (Democracia, Gobernabilidad y el Tribunal Constitucional). **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 15, pp. 67-138. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 84. Nas palavras do autor: “*Con el tiempo se ha venido observando que la justicia constitucional no sólo declara la voluntad de la ley y la constitución, sino que penetra en el campo de la creación normativa, anulando la ley (legislador negativo), interpretando la ley de acuerdo con las disposiciones, principios y valores de la Constitución, actúa dentro del amplio marco de las disposiciones abstractas, ambiguas, vagas, programáticas de la Constitución al confrontarlas con la ley ordinaria, llena vacíos constitucionales y legales de las leyes ordinarias (función integradora), crea nuevos derechos fundamentales implícitamente contenidos en la Constitución, establecen recursos innominados, reglamenta ciertos vacíos, aplica directamente disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, entre otras omisiones que llena del ordenamiento jurídico*”.

²⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 487.

²⁶⁵ MENDES, 2010, p. 363.

²⁶⁶ PALMA, 2008, p. 331.

²⁶⁷ MIRANDA, 2011, pp. 487-488.

²⁶⁸ MENDES, 2010, p. 363. Nos dizeres do autor: “*Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional um certo dispositivo legal*”.

legislativo original, uma hipótese legislativa cuja omissão estava a evidenciar uma inconstitucionalidade.

Poder-se-ia questionar acerca da efetiva ultrapassagem dos limites da função de controle e da encampação da função legislativa pelo Tribunal Constitucional nestas hipóteses. Neste caso, importante se consignar de antemão que a função de controle não estaria invadindo a esfera da função legislativa, pois atuaria para corrigir inconstitucionalidades omissivas do legislador. Assim “*o órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador, pois que não age por iniciativa própria, nem segundo critérios políticos; age em processo instaurado por outrem e vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional*”²⁶⁹.

Esta técnica é, por conseguinte, o meio eficaz para o controle das inconstitucionalidades omissivas²⁷⁰ do parlamento, não se confundindo este controle, portanto, com a assunção da função legislativa, pois o Tribunal Constitucional, no caso, controlando os critérios políticos que levaram àquela omissão mediante a utilização de critérios constitucionais. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional não legisla originariamente mediante a adoção de posições políticas (função legislativa típica reservada ao nível de dissenso das funções do Estado); ele apenas corrige eventuais distorções omissivas que se verificam no exercício da função legislativa típica.

Tanto a função clássica de legislador negativo como a atividade aditiva são exercidas no intuito de controle dos níveis deliberativos e ensejam, portanto, um cuidado muito especial para que o Tribunal Constitucional, ao exercer sua função, restrinja-se aos limites desta, não interferindo naquilo que legitimamente foi deliberado nas instâncias competentes. Tal raciocínio se verifica, com ainda maior intensidade, quando se está diante das mencionadas decisões aditivas, pois seria essencial identificar se a omissão, no caso, seria uma omissão legítima ou uma omissão inconstitucional.

Ao legislador é dada a faculdade de não legislar ou de legislar de forma restritiva, pelos mais diversos motivos discricionários e políticos. A atividade do Tribunal Constitucional, portanto, deve averiguar se este produto deliberativo (ainda mais nos casos de

não pelo que expressa, mas pelo que omite. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, soa aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra”.

²⁶⁹ MIRANDA, 2011, pp. 489-490.

²⁷⁰ MENDES, 2010, p. 366. *Verbis*: “A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal aparece, hoje, como elemento determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”.

omissão) é legítimo ou não. Ou seja, não basta uma omissão ou uma opção discricionária limitativa; é necessário que estas sejam inconstitucionais. É legítimo ao parlamento restringir Direitos, e o Tribunal Constitucional deve verificar, exclusivamente, se esta restrição ou omissão é legítima e constitucional, sem jamais se sobrepor às opções políticas legítimas provenientes dos níveis deliberativos.

A fixação objetiva de tais limites de atuação da função de controle, especialmente ao tomar decisões aditivas no controle por omissão não é clara. Desta forma, impõe-se que o Tribunal Constitucional tenha como uma de suas premissas de atuação a autolimitação, ou o *self restraint*²⁷¹; ou seja, não deve ele, ao exercer a função de controle, entrar em disputa com os níveis deliberativos avocando para si tais prerrogativas; os níveis deliberativos devem ser prestigiados. A presunção de constitucionalidade dos atos emanados pelos órgãos deliberativos é imperativa. Sendo possível considerar constitucional os atos (omissivos ou comissivos) dos níveis deliberativos, a função de controle deve se limitar, privilegiando o que deliberado democraticamente²⁷².

III.2.c) As Principais Técnicas Empregadas na Função de Controle pelo Tribunal Constitucional:

A intenção deste tópico é traçar premissas de como atua o Tribunal Constitucional no controle separado, bem como se dão suas decisões e a respectiva lógica de que estas estão revestidas. O mote não é esmiuçar questões de ordem prática, processual ou regimental; mas sim delimitar estas técnicas como premissa para contrapor estas quando da análise posterior da forma cumulada da função de controle com a jurisdição ordinária. Por conseguinte, como corte metodológico, não se adentrará ao detalhamento prático de cada uma das técnicas elencadas, mas sim a sua natureza básica para fins de fixação das técnicas utilizadas pelos juízes constitucionais.

²⁷¹ PEREZ ROYO, 1988, p. 19. Nas palavras do autor: “*Más que por lo que hace, sobre cuya legitimidad existen o pueden existir dudas, es por la forma en que lo hace o, en todo caso, debe hacerlo, por la autolimitación (el muy conocido self restraint) con que actúa o debe actuar, por el cuidado que tiene o debe tener en no invadir la esfera de los demás órganos de Estado, en respetar no la discrecionalidad sino la libertad de configuración de los órganos, singularmente del legislador, por lo que se considera que la Justicia Constitucional puede tener su sitio en el Estado constitucional democrático*”.

²⁷² LARENZ, 2014, pp. 606-610.

III.2.c.1) Declaração de Nulidade da Lei:

A técnica de controle separado de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional mais pura é a declaração de nulidade da Lei. Mediante a aplicação desta técnica o Tribunal Constitucional, atuando como clássico legislador negativo, exerce o contra fluxo deliberativo e extirpa o texto legal inconstitucional, declarando este nulo e retirando-o do ordenamento jurídico. A declaração de nulidade do ato deliberativo é a forma mais tradicional de exercício da função de controle realizada de forma separada. Esta técnica pode assumir algumas variantes, as quais passam a ser analisadas.

A declaração de nulidade pode ser uma declaração de nulidade total, ocorrendo esta hipótese quando todo o ato deliberativo (no exemplo mais clássico toda a Lei) é invalidado pelo Tribunal Constitucional, sem que nenhuma disposição seja preservada. Trata-se, pois, da intervenção de controle mais traumática possível, onde o ato deliberativo é totalmente invalidado. Considerando-se que a atuação do Tribunal Constitucional deve privilegiar os atos dos níveis deliberativos (observando-se o *self restraint*, conforme já consignado supra), a declaração de nulidade total é medida extrema, a ser adotada como última hipótese.

A situação mais relevante para a declaração de nulidade total é a ocorrência de algum vício formal na elaboração do ato normativo; ou seja, quando não respeitados, por exemplo, regras de reserva de iniciativa legislativa sobre determinada matéria, a reserva de competência legislativa entre os entes federados ou até mesmos vícios no processo legislativo. O reconhecimento destas situações não possibilita o reconhecimento de partes válidas no ato normativo, pois os vícios lhe contaminam como um todo e o reconhecimento desta nulidade total, nestas hipóteses, é uma “*expressão de unidade técnico-legislativa*”²⁷³. Em outras palavras, é a segurança de que as regras do processo legislativo (sejam as formais ou as de repartição de competências) sejam respeitadas como expressão, também, de segurança jurídica. Estas declarações de nulidade total por vícios de forma não quer significar que o conteúdo material do ato normativo, em tese, seria inconstitucional; um mesmo ato normativo, mas emanado da forma correta, poderia ser considerado constitucional e em harmonia com o ordenamento vigente.

A declaração de nulidade total também pode ocorrer quando a declaração de inconstitucionalidade de uma parte do ato impugnado conduzir, por questão de prejudicialidade lógica, a alteração substancial do sentido da parte que, formalmente, não

²⁷³ MENDES, 2010, p. 358.

seria atingida pela declaração de inconstitucionalidade, a ponto de alterar aquilo que originariamente deliberado pelo legislador²⁷⁴. Ou seja, ao declarar a inconstitucionalidade de parte do ato sob controle, resta necessário verificar se o que subsiste manterá seu sentido originário ou se, em razão da declaração de inconstitucionalidade parcial ocorrida, haverá a consequente necessidade de nulificar todo o ato (ou aumentar a declaração de nulidade parcial), uma vez ocorrida a mudança substancial de sentido da parte subsistente²⁷⁵.

Pode ocorrer, ainda, a declaração de nulidade parcial, a qual se verifica quando, uma vez declarada a inconstitucionalidade de parte do ato controlado, a parte subsistente puder ser mantida sem que isso altere seu sentido originário, privilegiando a vontade do legislador²⁷⁶, sendo necessário verificar “*se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador*”²⁷⁷. Em outras palavras, a declaração de nulidade parcial é o efeito inverso da declaração total por prejudicialidade lógica, devendo, sempre que possível, ser privilegiado o ato deliberativo emanado no exercício das funções deliberativas.

Pode haver ainda a chamada declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a qual consiste na restrição de aplicação da norma para determinadas situações. Ou seja, a norma não é por si inconstitucional, mas se tornará inconstitucional se e quando aplicada para determinada situação²⁷⁸. A Corte Constitucional mantém intacta a norma controlada, mas exclui sua aplicação para determinadas situações onde sua aplicação mostrar-se-ia inconstitucional.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto difere-se da interpretação conforme a Constituição (abaixo examinada), na medida em que não se está presumindo mais de uma interpretação possível e excluindo-se determinada interpretação da norma. Pelo contrário, presume-se a norma clara e declara-se ela inconstitucional para determinadas situações fáticas, restringindo-se sua aplicação para tais situações, mas mantendo-se intacto o ato normativo²⁷⁹.

²⁷⁴ MENDES, 2010, p. 359.

²⁷⁵ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 213.

²⁷⁶ CANOTILHO, 2003, p. 959. Nas palavras do autor: “*Quando a desconformidade de um ato normativo com a Constituição não for total, mas meramente parcial, a inconstitucionalidade e consequente sanção da nulidade deve também ser parcial, evitando-se a completa destruição do ato sujeito à fiscalização*”.

²⁷⁷ MENDES, 2010, p. 359.

²⁷⁸ MENDES, 2010, p. 360.

²⁷⁹ DANTAS, 2014, p. 262. *Verbis*: “*Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, de maneira diversa do que ocorre na interpretação conforme a Constituição, o controle de constitucionalidade tem por objeto não uma norma polissêmica, mas sim uma norma com um só sentido, a qual terá seu texto original mantido intacto pelo Supremo tribunal federal, porém com redução de sua aplicação. Em*

III.2.c.2) Interpretação Conforme a Constituição:

A interpretação conforme a constituição, diferentemente da declaração de nulidade (total, parcial ou sem redução de texto), declara a constitucionalidade da Lei, desde que aplicada segundo determinada interpretação dentre as possíveis. Isso ocorre porque o texto normativo, em geral, permite a interpretação pelo operador do Direito para chegar, então, a uma norma específica para o caso concreto^{280 281}. Desta forma, dentre o espectro de possibilidades interpretativas possíveis, o Tribunal Constitucional limita a uma (ou algumas) opção de interpretação, declarando a constitucionalidade do ato controlado, desde que aplicado da forma como a Corte determina que o seja²⁸². Neste sentido:

No caso de polissemia de sentidos de um ato normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a Constituição. A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é um meio de o Tribunal Constitucional neutralizar violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do ato normativo com a Constituição²⁸³.

Importante destacar que a técnica da interpretação conforme a Constituição é um meio eficaz para, sempre que possível, se evitar a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo. Desta forma, a deferência do Tribunal Constitucional aos atos emanados pelos níveis deliberativos, evitando-se a declaração de inconstitucionalidade, encontra uma

outras palavras, ao julgar a ação, o Pretório Excelso, diferentemente do que faz na interpretação conforme a Constituição, efetivamente declara a norma parcialmente inconstitucional. Contudo, não reduz seu texto, mantendo-o intacto; apenas assevera a sua inconstitucionalidade em determinadas hipóteses de aplicação. Consegue-se, com isso, a manutenção da norma no ordenamento jurídico”.

²⁸⁰ ÁVILA, 2015, p. 50.

²⁸¹ REALE Miguel. A Crise do Normativismo Jurídico e a Exigência de uma Normatividade Concreta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Ano IV, número 1, pp. 23-37. Porto Alegre: UFRGS, 1958. pp. 29-30.

²⁸² OTTO Y PARDO, 2010a, p. 1073. Nas palavras do autor: “*También tienen esa fuerza de ley propia de las sentencias estimativas las llamadas sentencias interpretativas de rechazo. Es una técnica frecuente en la jurisdicción constitucional el declarar que una ley no es contraria a la Constitución porque cabe una interpretación conforme a esta, lo que significa a sensu contrario que el Tribunal declararí inconstitucional la ley si no existiesen otras interpretaciones distintas de la que se rechaza. La interpretación rechazada, la que sirve de fundamento al recurso que se desestima, es así objeto de una declaración de inconstitucionalidad – a veces patente en la redacción de fallo – mediante la cual el Tribunal actúa también como legislador, en este caso positivo, en cuanto contribuye a concretar por exclusión el contenido del precepto legal examinado”.*

²⁸³ CANOTILHO, 2003, pp. 958-959.

ferramenta muito valiosa com a utilização desta forma de controle concentrado de constitucionalidade. Ao invés da ruptura que fatalmente representa a declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional efetua o ajuste, menos gravoso, mantendo a harmonia do ordenamento²⁸⁴, mediante a inclusão de um elemento estático e *erga omnes* que é a indicação de como aquele ato normativo deve ser aplicado. O Tribunal Constitucional diminui, assim, o espectro das possibilidades de aplicação do ato normativo, afastando aquelas que seriam inconstitucionais.

Advertência que já se consignou supra, ao tratar da declaração de nulidade total em decorrência da prejudicialidade lógica advinda da declaração parcial de inconstitucionalidade, é a cautela que deve tomar o Tribunal Constitucional para, em realizando a interpretação conforme, não alterar substancialmente aquilo que o texto normativo originariamente pretendia dizer quando emanado dos níveis deliberativos. Este limite à utilização da técnica da interpretação conforme também deve ser sempre observada, na medida em que a interpretação conforme à Constituição é “*admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador*”²⁸⁵.

III.2.c.3) Decisões Aditivas:

As decisões aditivas já foram mencionadas supra ao tratar da atuação do Tribunal Constitucional como “legislador positivo”, quando a Corte Constitucional atua ajustando o conteúdo do ato normativo sempre que houver omissão inconstitucional; ao que reportamos.

O que sobreleva reforçar é que as decisões aditivas declaram a inconstitucionalidade do ato normativo por omissão²⁸⁶; ou seja, a falta de alguma disposição torna esta omissão inconstitucional, sendo corrigida pela simples adição que supre a omissão, ou, ainda, pela

²⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, pp. 101-102. *Verbis*: “*El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos*”.

²⁸⁵ MENDES, 2010, p. 362.

²⁸⁶ FERREIRA FILHO, 2006, p. 35.

substituição de conteúdo do ato normativo²⁸⁷. O Tribunal Constitucional, assim, tem a disposição uma técnica ideal para a atuação nas inconstitucionalidades omissivas verificadas em atos normativos.

Ponto fundamental ao se tratar das decisões proferidas no controle das omissões legislativas é a verificação de limites à Corte Constitucional, de modo que não se sobreponha às instâncias deliberativas e ultrapasse os limites da função de controle. Os critérios para o controle das inconstitucionalidades por omissão devem ser eminentemente constitucionais e jamais devem evidenciar a tomada, pelo Tribunal Constitucional, de determinada opção política diferente daquela emanada no ato normativo controlado.

Dada a dificuldade de identificação dos limites da atividade de controle nos casos de omissão, a Corte Constitucional deve, com ainda mais necessidade, observar o *self restraint* nestas hipóteses, e, ao menor sinal de invasão da esfera deliberativa, não se deixar ultrapassar a função eminentemente de controle²⁸⁸. Isso se deve porque ao legislador é dada a opção de não legislar ou de legislar restritivamente. Aquilo que, aparentemente, poderia ser uma omissão e, em tese, configurar uma inconstitucionalidade, pode ser uma omissão ou restrição legítima.

III.2.c.4) Declaração de Constitucionalidade:

A técnica da declaração de constitucionalidade do ato normativo tem como escopo eliminar a dúvida acerca da constitucionalidade, visando emprestar maior segurança jurídica e estabilidade à aplicação em concreto daquele ato normativo²⁸⁹. Desta forma, ao declarar constitucional o ato normativo, a Corte Constitucional afasta a possibilidade de que instâncias da jurisdição ordinária possam deixar de aplicar aquela norma ou interpretá-la de forma diversa visando suprir eventual vício de constitucionalidade.

A declaração de constitucionalidade difere-se da interpretação conforme a Constituição na medida em que não se limita a restringir as possíveis interpretações do ato normativo e indicar qual (ou quais) interpretação é a conforme à Constituição. Ela vai mais

²⁸⁷ MENDES, 2010, p. 363.

²⁸⁸ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 97-97.

²⁸⁹ DANTAS, 2014, p. 218. *Verbis*: “Como se vê, referida ação (já reconhecida sua constitucionalidade pelo próprio Supremo) tem por finalidade trazer maior segurança jurídica, evitando que os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo deixem de conceder efetividade a uma norma constitucional, graças ao denominado efeito vinculante, que é peculiar à decisão proferida naquela ação”.

além e afasta a possibilidade de se cogitar da inconstitucionalidade do ato normativo, tornando, assim, estável a aplicação da norma, mediante decisão com efeitos vinculantes²⁹⁰.

A declaração de constitucionalidade poderia gerar certa confusão em uma análise lógica do sistema de controle de constitucionalidade, pois todo o ato normativo goza (ou deveria gozar) da presunção de constitucionalidade, sendo assim considerado até ulterior manifestação em sentido contrário do Tribunal Constitucional. Ocorre que, em sistemas de controle de constitucionalidade cumulado, onde a função de controle pode ser realizada de forma atípica pela jurisdição ordinária no caso concreto, a função da declaração de constitucionalidade aflora como importante instrumento de vinculação da jurisdição ordinária. Neste sentido:

Justifica-se esta criação pelo fato de que às vezes por longo tempo persistia a dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, não tendo havido o julgamento final de arguição de inconstitucionalidade da mesma perante os tribunais e juízos inferiores. Por força da inovação, o Supremo Tribunal Federal, que antes só poderia ser chamado, por via direta, a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei, pode agora ser provocado para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal²⁹¹.

Desta forma, a declaração de constitucionalidade ganha forte relevância nos sistemas que admitem o controle cumulado de constitucionalidade, na medida em que se mostra como técnica adequada para empregar efeito vinculante ao reconhecimento de constitucionalidade do ato normativo.

O efeito prático da declaração de constitucionalidade do ato normativo é de que ela afastaria a possibilidade de controle cumulado de constitucionalidade pelas instâncias da jurisdição ordinária, tornando certa, ao invés de presumida, a constitucionalidade do ato normativo, atuando como precedente vinculativo (tema que será adiante melhor aprofundado). Em contrário, em um sistema onde o controle de constitucionalidade seja realizado exclusivamente pela Corte Constitucional (sistema separado), a declaração de constitucionalidade perderia utilidade prática, pois o ato normativo não poderia ser tido como inconstitucional senão pelo Tribunal Constitucional, estando as instâncias da jurisdição ordinárias vinculadas ao princípio de presunção de constitucionalidade.

²⁹⁰ FERREIRA FILHO, 2006, p. 42.

²⁹¹ FERREIRA FILHO, 2006, p. 42.

III.2.c.5) Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade:

A técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (ou declaração de incompatibilidade) é uma forma de o Tribunal Constitucional declarar que em determinado ato normativo está presente uma inconstitucionalidade, mas ele limita a aplicação dessa declaração de inconstitucionalidade conforme as circunstâncias do caso concreto, podendo deixar de pronunciar a nulidade, mantendo o ato inconstitucional válido no ordenamento, ou limitando temporalmente a nulidade do ato inconstitucional para efeitos futuros. Neste sentido:

À inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível, por exemplo, fixar a inconstitucionalidade mas com efeitos prospectivos ou pro futuro e não com efeitos retroativos (como na nulidade absoluta). É o que a doutrina designa por simples fixação de inconstitucionalidade²⁹².

Essas situações se verificam quando, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo, os efeitos práticos de sua retirada em vigor imediatamente (se presumirmos um efeito vinculativo da declaração de inconstitucionalidade) poderiam gerar graves situações concretas que poderiam representar violações ainda maiores à Constituição que a própria inconstitucionalidade reconhecida. Ou, ainda, atingir sensivelmente a vontade manifestada pelas instâncias deliberativas, equivalendo a nulidade (retirada do ato do ordenamento), na prática, em uma alteração substancial do que emanado pelos níveis deliberativos, sendo recomendável, nestes casos, pronunciar a inconstitucionalidade e manter os efeitos do ato até ulterior conformação pela instância deliberativa²⁹³.

Esta técnica de exercício da função de controle afasta o dogma do legislador negativo com efeitos automáticos da declaração de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional passa a analisar não apenas a inconstitucionalidade do ato normativo, mas, para além desta, as

²⁹² CANOTILHO, 2003, pp. 957-958.

²⁹³ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O Controle de Constitucionalidade. Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. Porto Alegre: Safe, 2012. pp. 116-117. *Verbis*: “A declaração de incompatibilidade, por seu turno, também denominada de declaração de anticonstitucionalidade, tem lugar quando uma lei é declarada anticonstitucional sem que seja determinada sua nulidade. (...). O objetivo dessa alternativa de decisão era, em primeiro lugar, evitar as consequências jurídicas esperadas em uma declaração de nulidade. Ela possibilitaria a solução mais adequada para casos nos quais a declaração de nulidade, em si necessária, não compreende a infração da constituição verdadeira ou não só não elimina a anticonstitucionalidade, mas, até, ainda aprofunda. Também pode ter lugar quando existirem várias possibilidades de afastar a violação constitucional, o que tornaria a declaração de nulidade uma intervenção na liberdade de conformar do dador de leis”.

consequências práticas da sua retirada do ordenamento e se tais efeitos não acarretariam em violações ainda maiores da ordem constitucional^{294 295}. Ou seja, a ausência de ato normativo (decorrência do expurgo do ato normativo do ordenamento jurídico) é ainda mais inconstitucional que a manutenção (podendo haver modulação de efeitos) de validade do ato normativo inconstitucional. Em sentido aquiescente:

Ter-se-á que reconhecer, inevitavelmente, que a aplicação da lei, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até promulgação da nova lei²⁹⁶.

Importa destacar que o emprego da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é exceção à regra geral, segundo à qual a nulidade (expurgo ao ato normativo do ordenamento) é decorrência lógica da declaração de inconstitucionalidade²⁹⁷. O desmembramento da decorrência lógica da nulidade com base na declaração de inconstitucionalidade e a manutenção do ato normativo no ordenamento deve ser demonstrado como necessário mediante critérios constitucionais e não políticos. Neste sentido:

O princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio²⁹⁸.

²⁹⁴ MIRANDA, 2011, pp. 485-486. Nas palavras do autor: “*Os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusive obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado de sua decisão e passasse, por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra – embora nem sempre – um resultado juridicamente errado*”.

²⁹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Algunas Reflexiones Generales en Torno a los Efectos de las Sentencias de Inconstitucionalidad y a la Relatividad de Ciertas Fórmulas Estereotipadas Vinculadas a Ellas. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 12, pp. 135-198. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. pp. 195 e seguintes.

²⁹⁶ MENDES, 2010, p. 373.

²⁹⁷ CANOTILHO, 2003, pp. 947-952.

²⁹⁸ MENDES, 2010, pp. 374.

Conclui-se, portanto, que a mitigação do efeito da nulidade consequente da inconstitucionalidade sempre será a exceção e, quando esta for a opção do Tribunal Constitucional, a fundamentação para sua adoção deverá se basear em critérios constitucionais (e não políticos) que indiquem a necessidade desta mitigação, sob pena do cometimento de uma inconstitucionalidade ainda maior.

III.2.c.6) Decisões de Apelo ao Legislador ou Diálogo Institucional:

Uma hipótese decisória do Tribunal Constitucional, quando verificar a possibilidade de uma inconstitucionalidade aparente ou até mesmo vindoura (o que seria verificável, por exemplo, pelo caminhar da jurisprudência²⁹⁹), mas não estiver devidamente convencido de que deva declarar, de pronto, a inconstitucionalidade e consequente nulidade do ato normativo, é a opção pelo diálogo institucional com as instâncias deliberativas democráticas. O Tribunal, ao invés de declarar a inconstitucionalidade, devolve a questão para que esta seja revisada pela instância democrática, no intuito de evitar a possível declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, o Tribunal Constitucional recomenda que o ato normativo seja revisto em determinado sentido, mas prestigiando a autoridade da instância democrática, notadamente o parlamento³⁰⁰.

Nesta hipótese, a norma permanece constitucional até ulterior manifestação (ou omissão) do parlamento, quando então o Tribunal Constitucional poderá (ou deverá) examinar a questão, tal como ocorreria com qualquer ato normativo. A diferença é que o Tribunal Constitucional opta por dividir, mediante o diálogo institucional, com a instância democrática a tarefa de controlar a constitucionalidade³⁰¹, possibilitando a esta uma prévia intervenção (ou colaboração) para que o ato sob o qual recaísse a suspeita de inconstitucionalidade possa tornar-se plenamente conforme com a Constituição, através do aprimoramento, pela instância democrática, do ato normativo³⁰².

Neste ponto merece referência, por oportuno, a experiência que vem sendo tomada, com certo pioneirismo, pelo modelo de controle de constitucionalidade desenvolvido atualmente pelo Reino Unido, onde este adotada a declaração de incompatibilidade, a qual, de

²⁹⁹ URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 111.

³⁰⁰ FERRERES COMELLA, 2012, p. 270.

³⁰¹ NIEMBRO ORTEGA, 2012, p. 143.

³⁰² PIÑEIRO, 2012, p. 121.

certa forma, obriga as instâncias de controle e democrática a encontrar uma decisão que atenda à constitucionalidade, sem que a Corte Suprema tenha a obrigação de dar a última palavra, bem como que o parlamento não seja desprestigiado em sua representatividade democrática³⁰³.

A demonstração das técnicas próprias ao controle separado de constitucionalidade mostra que estas são moldadas para a solução das controvérsias constitucionais sob este modelo de controle de constitucionalidade. São técnicas que se adaptam ao modelo separado, na medida em que privilegiam a abstração (desvinculação do caso concreto) e a análise dos efeitos sistêmicos das decisões de inconstitucionalidade e respectivas derivações (efeito *erga omnes*). Esta análise, portanto, é importantíssima, também, para o capítulo seguinte, onde se abordará o modelo de controle de constitucionalidade cumulado e os problemas daí decorrentes.

³⁰³ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: Controle de Constitucionalidade sem Constituição Escrita. **Revista da PGE-RS**. Volume 36, número 76, pp. 9-29. Porto Alegre: PGE-RS, 2015. *Passim*.

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO DE CONTROLE COM MODELO CUMULADO

IV. A OPÇÃO DO MODELO CUMULADO DA FUNÇÃO DE CONTROLE:

No capítulo precedente examinamos a forma separada do exercício da função de controle de constitucionalidade, sendo esta realizada por um Tribunal Constitucional com o monopólio do poder de rechaço do ato normativo. Neste capítulo que se inicia, pretendemos examinar a forma cumulada da função de controle, ou seja, o exercício desta em conjunto com a função de jurisdição executiva (ordinária), podendo esta mesma, em qualquer grau jurisdicional, exercer a função de controle.

Nossa intenção será examinar não apenas a forma de exercício da função de controle de forma cumulada, mas, indo além, identificar possíveis incongruências que esta opção poderia gerar para o ordenamento jurídico como um todo.

IV.1. O MODELO CUMULADO DE CONTROLE E A FUSÃO NA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO DAS FUNÇÕES CONTROLADORA E JURISDICIONAL:

O controle de constitucionalidade na forma cumulada significa uma opção institucional do respectivo Estado em fusionar em um mesmo Poder Constituído as funções jurisdicional e controladora. Acima mencionamos que as funções do Estado são identificadas em três níveis e dois campos que entrelaçados geram seis funções modernamente reconhecidas e que o ideal seria que cada uma destas funções estivesse guardada por um Poder Constituído respectivo.

O que ocorre com o sistema cumulado de controle de constitucionalidade é, como a própria nomenclatura já sugere, o exercício conjunto de duas funções (jurisdicional e controladora) pelo mesmo Poder de forma cumulada³⁰⁴; podendo aquele que aplica o Direito em concreto, controlar, no mesmo momento, o Direito em abstrato. Ou seja, o sistema cumulado é “*aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um*

³⁰⁴ REVERBEL, 2012a, p. 77.

dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência”³⁰⁵.

No sistema cumulado, portanto, o poder de rechaço de um ato normativo por entender-se ele contrário à Constituição é outorgado a todos os juízes e Tribunais imbuídos da aplicação da jurisdição em concreto, tendo como premissa para esta outorga de poder de rechaço o fato de que a Constituição seria imputável em qualquer situação acerca de qualquer ato normativo e, portanto, em qualquer circunstância onde pudesse haver violação à Constituição o mencionado ato normativo poderia não ser aplicado na situação em concreto sob exame³⁰⁶.

O antecedente histórico e a formação do sistema cumulado de controle de constitucionalidade se deve à evolução, especialmente, da doutrina do *judicial review* norte americano. Embora o objetivo não seja exaurir o sistema de controle de constitucionalidade norte americano^{307 308 309 310}, se faz necessário algumas menções. O cerne da formação deste sistema encontra-se no deslocamento da função de controle de constitucionalidade não mais apenas pelo nível controlador das funções do Estado (no caso a função de controle), mas estendendo-se ao nível executivo (no caso a função jurisdicional), cabendo a esta a função de zelar pela guarda da Constituição. Obviamente, a especificidade do sistema norte americano possibilita que a cumulação das funções de controle e jurisdição funcione de forma harmônica, na medida em que, naquela realidade, a jurisdição ordinária possui, também, o

³⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Safe, 1984. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Título original: *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*. p. 67.

³⁰⁶ BREWER CARÍAS, 1997, p. 124. Nas palavras do autor: “*De acuerdo con el método difuso, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes se atribuye a todos los jueces de un país determinado, pues si la Constitución es la ley suprema del país y si se reconoce el principio de su supremacía, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea incoherente. En consecuencia, las leyes que violan la Constitución o que, de una u otra manera, sean contrarias a sus normas, principios o valores, son nulas y no pueden ser aplicadas por los jueces, quienes deben darle prioridad a la Constitución. (...) Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas*”.

³⁰⁷ Ver: REVERBEL, 2012a, pp. 84-89.

³⁰⁸ Ver: FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, pp. 51-58.

³⁰⁹ Ver: EDLIN, Douglas E. *Judicial Review sem uma Constituição Escrita. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Volume 10, número 1, pp. 3-33. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Trad. Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Título original: *Judicial Review Without a Constitution. Passim*.

³¹⁰ Ver: PIÑEIRO, 2012, pp. 21 e seguintes.

elemento democrático³¹¹ (e não apenas técnico); além de estar-se diante do sistema de *Common Law*, onde o elemento estático (segurança jurídica) advém essencialmente do *stare decisis* e não da legislação como entendida no sistema romano-germânico.

O que importa destacar, neste momento, é que na origem do sistema cumulado (modelo norte americano) a defesa dos valores consensuais constitucionais é realizada pelos juízes da jurisdição ordinária (entendida esta como juízes e Cortes) na medida em que estes possuiriam o elemento democrático enraizado e, portanto, estariam aptos a realizar o controle, obedecendo à lógica do *stare decisis* (o que outorga o elemento estático ao sistema).

Portanto, um dos principais fundamentos para a adoção de um sistema cumulado de controle de constitucionalidade seria a rápida e eficaz resposta do Estado para com o problema de constitucionalidade que lhe é submetida, resguardando de forma célere o reclame daquele que se sentir violado em suas garantias fundamentais consensuais estabelecidas pela constituição. Ou seja, se um ato é nulo por estar de encontro à Constituição, então ele não poderia gerar efeitos para o cidadão em concreto; e se a Constituição é feita para garantir os direitos consensuais e indisponíveis destes, então não haveria espaço para uma resposta que não fosse rápida e efetiva por parte do Estado. Esta resposta seria, então, o controle imediato da constitucionalidade através do modelo cumulado, sem a necessidade de declaração da nulidade por um Tribunal Constitucional autônomo, afinal, pela lógica do sistema cumulado, o ato já seria nulo. Neste sentido:

La esencia del método difuso de control de constitucionalidad, por supuesto, como se dijo, radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos que coliden con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados por los Tribunales, los cuales son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes. En consecuencia, el primer aspecto que muestra la racionalidad del método difuso de control de constitucionalidad, como garantía objetiva de la Constitución, es el principio de la nulidad de los actos estatales y, particularmente de las leyes que colidan con la Constitución, lo que significa que un acto estatal nulo no puede producir efectos, y no necesitaría de ningún otro acto estatal posterior para quitarle su calidad usurpada de acto estatal. Al contrario, si otro acto estatal fuera necesario para ello, entonces la garantía no sería la nulidad del acto, sino su anulabilidad³¹².

Como se verifica, as premissas para adoção de um sistema cumulado de controle de constitucionalidade seriam, basicamente, a presunção de nulidade do ato contrário a Constituição (se é nulo não precisaria, então, ser declarada sua nulidade) e a necessidade de

³¹¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha (coordenadores). **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal**. Porto Alegre: Brejo, 2009. p. 103.

³¹² BREWER CARÍAS, 1997, p. 124.

uma resposta rápida e efetiva ao reclame de inconstitucionalidade, o que somente poderia ser atingido mediante a outorga da função de controle ao juiz da causa em concreto.

IV.2. A INCOMPATIBILIDADE DE A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA REALIZAR CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Como afirmamos acima, no sistema de controle cumulado de constitucionalidade, onde é dado a qualquer juiz ou Tribunal exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos, torna-se imperioso o deslocamento do eixo estático do ordenamento, da Lei para o precedente, tal como ocorre no sistema norte americano (*stare decisis*). O grande problema ocorre quando ordenamentos de tradição romano-germânica, que possuem o elemento estático na Lei e não no precedente, importam a técnica de controle cumulado. Neste mote, o presente ponto visa analisar os efeitos da aplicação, pura e simples, do controle cumulado de constitucionalidade em um sistema onde o eixo de estabilidade está ancorado na Lei.

Em um sistema de tradição romano-germânica a outorga de poderes ilimitados de controle à jurisdição ordinária (possibilidade em análise) equivaleria à negação de todo o fundamento de segurança alcançado pela Lei, entendida esta como a manifestação da vontade geral a ser aplicada em determinada situação. A Lei age, assim, como um limitador da atividade jurisdicional, indicando como deve ser, na maior medida possível, a decisão judicial para determinado caso concreto. Obviamente, a margem de interpretação do aplicador da Lei (no exercício da jurisdição ordinária) ao caso não pode ser olvidada; assim, a formulação da norma para o caso concreto parte da Lei para, uma vez interpretada, chegar à aplicação em concreto³¹³.

Pois se se outorgar a esta mesma jurisdição ordinária a possibilidade de rechaçar a Lei, significa dizer que a norma em concreto para a solução do caso pode ser qualquer uma; ou seja, seria eliminado absolutamente o elemento estático do ordenamento (no caso a Lei)³¹⁴. Nesta hipótese, o ponto de partida para a solução do caso concreto deixa de ser a Lei para ser qualquer coisa, confundindo-se o poder de julgar com o poder de “legislar”³¹⁵, e eliminando

³¹³ ÁVILA, 2015, p. 50.

³¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p. 69. Nas palavras do autor: “O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo”.

³¹⁵ COUTO E SILVA, 2015d, p. 28.

por completo a lógica do ordenamento jurídico³¹⁶. Equivaleria dizer, por exemplo, que no sistema norte-americano um juiz singular não estaria adstrito aos precedentes, podendo decidir de qualquer forma.

Esta incongruência sistêmica gera uma falta de lógica ao sistema cumulado, aplicado de forma pura e simples, em um ordenamento de tradição romano-germânica. Como dito, o elemento de estabilidade no *civil law* é a Lei³¹⁷; entregar à jurisdição ordinária o poder de negar, de forma livre e desvinculada, a aplicação da Lei mediante o exercício irrestrito de controle de constitucionalidade seria negar que exista um Tribunal Constitucional encarregado justamente de exercer este controle e dizer como deve decidir a jurisdição ordinária em determinada questão. Retirar esta lógica do sistema significa, como dito, eliminar por completo a segurança do ordenamento jurídico³¹⁸.

O problema da importação pura e simples do controle cumulado por ordenamentos de tradição romano-germânica não passou despercebido por MAURO CAPPELLETTI, vejamos:

³¹⁶ OTTO Y PARDO, 2010a, p. 1076. Nas palavras do autor: “*La concepción de la función jurisdiccional como un acto automático en el que el juez ‘pronuncia las palabras de la ley’ es sin duda incorrecta, pero la exigencia que late tras esa concepción, la negación de la libertad del juez, sigue siendo esencial. Poner de manifiesto que no existe el automatismo que pretendía la doctrina clásica no significa que sea incorrecto el postulado constitucional que exige eliminar la libertad de decisión del juez, sino que demuestra tan solo la necesidad de que el Estado democrático de Derecho desarrolle al máximo los mecanismos correctores de esa libertad, que no queda eliminada por el simple hecho de que la función del juez consista exclusivamente en aplicar la ley. En efecto, la libertad del juez en la aplicación de la norma lesiona en primer lugar la seguridad jurídica, al hacer imprevisible el contenido de la resolución judicial. La sumisión del juez a la ley persigue precisamente esa finalidad propia del Estado moderno que es hacer calculable ex ante la actuación singular del poder público mediante la predeterminación de sus contenidos. En segundo lugar, la libertad del juez lesiona el principio de igualdad en la medida en que permite que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios, introduciendo así un factor de diversificación del que puede resultar que la ley no es igual para todos. Por último, y como consecuencia de la distribución territorial de la jurisdicción, la libertad del juez pone en peligro la unidad del derecho, al hacer posible que este sea aplicado de modo desigual en las diferentes demarcaciones judiciales*”.

³¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Democracia y el Lugar de la Ley. El derecho, la Ley y el Juez, dos Estudios*. Madrid: Civitas, 1997. p. 54. Nas palavras do autor: “*El Derecho de nuestras sociedades es ya, definitivamente, en lo que podemos avizorar, un Derecho de base legislativa, para el cual las grandes decisiones normativas y de organización del sistema son una función indeclinable del legislador, en el que se expresa la voluntad popular, decisiones que no se conciben sin la decisión de esa voluntad*”.

³¹⁸ MARINONI, 2010, p. 74. Nas palavras do autor: “*Na verdade, há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição, quando se sabe que Supremos Tribunais têm, como principal missão, a definição da interpretação da Constituição. E tal ausência de lógica é ainda mais visível num país de sistema misto de controle da constitucionalidade, como o Brasil, em que se dá ao Supremo Tribunal não só a função de dar a última palavra sobre questão constitucional no processo concreto, mas igualmente a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei*”.

A introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros contrastes de tendências entre órgãos judiciários de tipo diverso, ou entre órgãos judiciários de diverso grau. (...). A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado³¹⁹.

A lição de MAURO CAPPELLETTI é fundamental, no sentido de identificar a principal consequência do exercício do controle de constitucionalidade de forma cumulada em uma tradição romano-germânica, qual seja: a quebra da uniformidade do sistema. Ao se afastar a jurisdição ordinária de elementos estáticos (no caso do *civil law*, primordialmente a Lei), se abre caminho para a insegurança do sistema jurídico e, como decorrência, a possibilidade de decisões conflitantes em matéria de constitucionalidade, o que significaria a negação da própria essência da jurisdição ordinária, qual seja: a segurança³²⁰. Se o jurisdicionado não sabe o que esperar da jurisdição ordinária, na medida em que esta tenha a possibilidade do indiscriminado rechaço da Lei, “o Estado de Direito cairia numa crise de confiança”³²¹. Neste sentido:

Enquanto uns (juízes) decidem pela constitucionalidade, outros decidirão pela inconstitucionalidade. Leis que buscam a igualdade passarão a desigualar, na proporção da desigualdade do aplicador que declara a inconstitucionalidade. Leis genéricas perderão seu critério de generalidade, e tornar-se-ão específicas, segundo o pensamento do magistrado. O critério da impessoalidade passará a ser o da pessoalidade, pois para uns a lei se aplica, enquanto que para outros a lei não se aplica. Tal mecanismo fere a segurança jurídica. A previsibilidade e a certeza das relações jurídicas deixam de existir. Abre-se margem às ideologias dos juízes – que vão do liberalismo, em geral; ao marxismo, em especial – que passam a decidir, ou mesmo criar leis, por que não dizer: *ex post facto*³²².

A advertência principal, portanto, acerca da importação pura e simples do modelo de controle de constitucionalidade cumulado para a tradição romano-germânica é a quebra do elemento estático do ordenamento, podendo uma Lei ser constitucional e inconstitucional ao mesmo tempo para situações idênticas, dependendo a sorte do caso concreto do órgão

³¹⁹ CAPPELLETTI, 1984, pp. 77-78.

³²⁰ ARAGÓN REYES, 1998, p. 188.

³²¹ LARENZ, 2014, p. 609.

³²² REVERBEL, 2012a, p. 59.

fracionário da jurisdição ordinária onde submetida a questão. Isso representaria a ruptura total da segurança do ordenamento jurídico³²³.

Importante referir que o problema sugerido neste tópico refere-se apenas ao poder de rechaço da Lei e a conseqüente criação de uma norma casuísta para o caso concreto. Não se deve negar o fato de que a jurisdição ordinária, não raras vezes, se depara com casos difíceis, cuja aplicação simples da Lei nem sempre é a solução mais justa, em concreto. Mas em se deparando com estes casos, a jurisdição ordinária deve adotar, sempre, como ponto de partida para o estabelecimento da norma em concreto, a Lei (elemento estático de segurança). A aplicação desta ao caso concreto é antecedida, para os casos difíceis notadamente, da atividade interpretativa³²⁴, o que não se confunde, em absoluto, com o rechaço da Lei e a criação de uma norma em concreto sem ponto de partida definido. No entanto, importante consignar, que a atividade interpretativa, destinada a ajustar a norma abstrata ao caso concreto deve encontrar, no próprio ordenamento, suas diretrizes e seus limites³²⁵, evitando se confundir, assim, discricionariedade interpretativa com arbitrariedade judicial³²⁶.

Assim, à jurisdição ordinária é dado interpretar as Leis de forma a colmatar suas lacunas³²⁷ e ajustá-las ao caso concreto na melhor medida da justiça, com a confiança na capacidade técnica e imparcialidade do juiz³²⁸, mas sempre tendo como referencial justamente a própria Lei interpretada. A proximidade da função jurisdicional ao caso concreto outorga ao juiz do caso a tarefa de tornar concreto aquilo que é abstrato, de entregar efetivamente ao jurisdicionado a segurança do Estado de Direito³²⁹. Neste sentido:

³²³ MARINONI, 2010, pp. 77-78.

³²⁴ ÁVILA, 2015, p. 54.

³²⁵ SILVA, Matheus Teixeira. **A Excepcionalidade Normativa no Processo Decisório**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015. pp. 63 e seguintes.

³²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 221.

³²⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Trad. J. Baptista Machado. Título original: *Einführung in das Juristische Denken*. pp. 275 e seguintes

³²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1997, p. 56.

³²⁹ SOUZA JÚNIOR, 2005, pp. 15-16. Nas palavras do autor: “A mais importante das funções jurídicas é a de juiz. É, existencialmente, o ponto de partida de toda a atividade jurídica, sem a qual nenhuma das demais poderia operar. É a que está mais próxima do fundamento ontológico do direito, ou seja, a pessoa humana, real e viva, com sua preeminente dignidade ao mesmo tempo individual e social, livre e solidária, corporal e espiritual, dotada de direitos e deveres fundamentais e vocacionada a um mundo de valores superiores que ao direito cabe garantir e promover. É a que vai servir diretamente a pessoa humana necessitada da tutela jurídica, o sujeito primeiro e a finalidade última de todo o ordenamento jurídico. O ordenamento assegura à função judicial um espaço próprio de autonomia, inclusive para colmatar lacunas, pela via da equidade e dos princípios gerais do direito”.

Na obrigação de decidir sempre, não está implícita a função de se sub-rogar ao legislador. Substituir o legislador não é tarefa do juiz. Se a lei não identifica de plano, implícita ou explicitamente, a situação dos fatos concretos da vida das pessoas deve o magistrado valer-se dos métodos de interpretação (lógico, gramatical, teleológico, histórico, sociológico), da equidade, da razão, para colmatar as lacunas, preservando sempre a unidade do direito, a fidelidade à intenção do legislador, fugindo, por vezes, da letra fria do dispositivo³³⁰.

O que dito neste ponto acerca da incompatibilidade da opção irrestrita da função de controle de constitucionalidade de forma cumulada ganha mais clareza se forem cotejadas as técnicas próprias da função de controle quando exercida de forma separada (supra abordadas). A jurisdição ordinária ao realizar suas funções utiliza, quando necessária a atividade interpretativa, técnicas próprias da hermenêutica voltadas para a melhor solução do caso concreto, sob o pálio da equidade. Ou seja, sua atuação visa a entrega da jurisdição em concreto e a justiça do caso. Já o Tribunal Constitucional utiliza, para suas decisões em controle separado de constitucionalidade, técnicas diametralmente opostas, as quais visam não a justiça do caso concreto, mas a adequação de constitucionalidade do ato normativo mediante a análise de seus reflexos *erga omnes*.

Desta forma, a adoção de técnicas próprias do controle separado pela jurisdição ordinária causa um problema sistêmico insolúvel, com a confusão do que seria inconstitucional ou constitucional^{331 332}. Não seria concebível que uma Lei seja constitucional em um juízo e inconstitucional em outro (o que aconteceria com adoção da declaração de inconstitucionalidade no modelo cumulado). Da mesma forma, não seria lógico que uma interpretação do texto legislativo fosse inconstitucional em um juízo e constitucional em outro (o que seria verificado com adoção da técnica da interpretação conforme com rechaço de uma possibilidade interpretativa no modelo cumulado). A questão fica mais alarmante se a jurisdição ordinária adotasse a técnica de uma decisão de controle aditiva (usada em última possibilidade geralmente), nesta hipótese alguns jurisdicionados seriam agraciados com determinado Direito e outros não, ainda que submetidos a “mesma” ordem constitucional. Enfim, as técnicas da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária são incompatíveis; e ainda mais incompatíveis com a ordem jurídica são os efeitos da adoção das técnicas de controle separado pela jurisdição ordinária.

Podemos afirmar, então, por derradeiro, que a jurisdição ordinária – fazendo uso de suas prerrogativas técnicas, de uma utilização sistêmica do ordenamento e escorada em

³³⁰ REVERBEL, 2012a, p. 58.

³³¹ KELSEN, 2007a, pp. 144-145.

³³² REVERBEL, 2012a, p. 59.

postulados interpretativos pré-determinados – ajusta a aplicação da Lei ao caso, mediante a técnica da equidade^{333 334 335}; mas jamais podendo eliminá-la (controle de constitucionalidade) para criar, no caso, uma nova norma abstrata desvinculada da Lei pré-existente, mediante a utilização de técnicas próprias do controle de constitucionalidade quando exercido de forma separada. Ocorrendo isso, ao invés de promover a segurança da Constituição, esta se tornará incerta³³⁶, eliminando assim o principal fundamento da Constituição: a guarda dos valores consensuais indisponíveis^{337 338}.

V. PROBLEMAS DECORRENTES DA FUNÇÃO DE CONTROLE NO MODELO CUMULADO E RESPECTIVOS DESDOBRAMENTOS:

A função de controle de constitucionalidade de forma cumulada, com a outorga à jurisdição ordinária do poder de rechaço de atos normativos, mediante a utilização de técnicas próprias do controle separado, acarreta alguns problemas que passam a ser abordados neste tópico. Acima mencionamos que a opção pelo controle cumulado de forma irrestrita em um ordenamento de tradição romano-germânica gera uma dissintonia sistêmica; pois a seguir passaremos a esmiuçar, em espécie, os potenciais problemas decorrentes.

³³³ MAXIMILIANO, 1957, pp. 218-219. *Verbis*: “Fruto de condições especiais de cultura, noção de justiça generalizada na coletividade (*jus naturale, aequum, bonum*) ideia comum do bem, predominante no seio de um povo em dado momento da vida social; a equidade abrolhou de princípios gerais preexistentes e superiores à lei, da fonte primária do Direito. É um sentimento subjetivo e progressivo, porém não individual, bem arbitrário; representa o sentir do maior número, não o do homem que alega ou decide. (...). Todos reconhecem que a equidade invocável como auxiliar da hermenêutica e da aplicação do Direito não se revela somente pelas inspirações da consciência e da razão natural, mas também, e principalmente, pelo estudo atento, pela apreciação inteligente dos textos da lei, dos princípios da ciência jurídica e das necessidades da sociedade”.

³³⁴ Ver: MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade federal do Rio Grande do Sul**. Volume 11, número 3, pp. 369-383. Porto Alegre: UFRGS, 2016. *Passim*.

³³⁵ REVERBEL, 2012a, pp. 62-66.

³³⁶ KELSEN, 2007c, p. 303. *Verbis*: “Os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”.

³³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2010, p. 188.

³³⁸ CANOTILHO, 2003, pp. 1438.

V.1. A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA:

A segurança jurídica tem como força motriz a vinculação do Estado a sua própria ordem jurídica³³⁹, como evolução (e em resposta) ao Estado absoluto de outrora³⁴⁰. Ou seja, sob o pálio da segurança jurídica, o Estado não possui um livre poder de direção, muito antes pelo contrário, está adstrito ao ordenamento jurídico que este próprio Estado produz. A teoria da autolimitação do Estado por sua própria ordem jurídica, sem dúvida, é o berço do Estado de Direito e da própria segurança jurídica. Destacamos RUDOLF VON JHERING, que trabalhou o tema no final do século XIX, com suas clássicas lições:

Ao legiferar, a intenção do poder público pode ser no sentido de obrigar meramente aquele a quem ele dirige a norma, não, porém, a si próprio, de forma a reservar-se a faculdade de, no caso concreto, ignorá-la refletidamente. Pode, porém, promulgar a norma também com o intuito e a promessa de também obrigar-se. Somente com essa forma, se observada factualmente, assume o direito sua feição plena: a segurança da inexorável realização da norma, uma vez erigida. (...). Quem legifera pode, também, suprimir a norma. Nesse sentido, ou seja, em relação à sua vigência abstrata, ela se acha sempre na dependência da vontade dele, legislador – não existe lei insuscetível de alteração. Entretanto, é outra a sua conduta em relação à norma enquanto essa existir, em relação à sua realização concreta. A intenção dele ao promulgá-la pode ser no sentido de abster-se de toda intervenção nela, ele mesmo, portanto, respeitando-a. Neste caso em que ele próprio reconhece sua vinculação à norma, designo a mesma como bilateralmente vinculante. É a fisionomia da norma dentro do estado de direito: a supremacia da lei. Se a intenção do autor não é conceder à norma esta segurança de realização independente de sua vontade, querendo, antes, obrigar através dela somente aqueles a quem a impôs, não a si próprio, falo de norma unilateralmente vinculante. Essa é a feição que assume o direito na fase de despotismo. O déspota, ou seja, o senhor dos escravos, conforme o caracteriza a língua (de pot, potestas e déo, jungir, vincular, portanto, senhor dos subjugados), não tem o intuito de, através das normas que dita, pôr limitações a si mesmo. Ao contrário, reserva-se a faculdade de negligenciá-las quando e onde se tornarem incômodas. Há falar em tal situação, de um Direito? Contanto que se entenda por Direito um complexo de normas coercivas, sim! Na medida, porém, em que se tome por critério aquilo que o Direito pode e deve ser – a ordem segura da sociedade, não! (...). Adotamos anteriormente a definição corrente do direito, a qual o designamos como sendo o complexo das normas coercivas vigentes em um estado. Entretanto, o desenvolvimento que fizemos evidenciou quão pouco os dois fatores, coerção estatal e norma, bastam para gerar aquele estado que denominamos estado de direito. O que ainda falta? O fator, acima salientado sob a denominação de norma bilateralmente vinculante, de o poder público respeitar as próprias normas que ditou, reconhecendo-lhes, enquanto existirem, de fato a vigência geral que se lhes atribui em princípio. Somente deste modo é que se proscreve o caráter fortuito da aplicação das normas, apenas assim é que se afirmam, em lugar do arbítrio, a igualdade, a segurança e a suscetibilidade de previsão da lei. É isso que entendemos por ordem jurídica; é isto que temos em mente, quando falamos em hegemonia do direito e da lei, este é o reclamo que exprimimos ao direito, uma vez que esse deva corresponder à ideia que dele fazemos. Eis aí a missão do estado de direito. Direito é, portanto, neste pleno

³³⁹ JELLINEK, 2012, Capítulo XI, item 2.c. p. 346-352.

³⁴⁰ CANOTILHO, 2003, p. 109.

sentido da palavra, a força bilateralmente vinculante da lei, a própria subordinação do poder público às leis esse mesmo ditou³⁴¹.

Após JHERING, o também jurista alemão GEORG JELLINEK, abordou o tema da vinculação do Estado à sua própria ordem jurídica, no início do século XX, abrindo caminho para uma fértil ebulição doutrinária^{342 343}, merecendo igual destaque suas colocações:

Todas las normas llevan consigo esta afirmación: que habrán de ser guardadas y tenidas por inviolables, en tanto que no sean derogadas conforme a derecho. Sobre esta confianza en la invulnerabilidad del orden jurídico se apoya en gran parte para cada individuo, la necesidad de calcular sus acciones y las consecuencias de las mismas. Es ésta una condición constante para la evolución de la cultura, porque sólo ella crea la seguridad social, sin la cual las relaciones entre los hombres apenas si habrían podido elevarse sobre el bajo nivel de sus comienzos. Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones jurídicas no es puro arbitrio de aquél, como acontece en la teoría opuesta si quiere ser consecuente consigo misma, sino que se trata de cumplir un deber; el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo. (...). La idea de la autoobligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación de constitucionalismo moderno. No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de derechos individuales garantidos. Esta garantía consiste en otorgar el carácter de inmutables a los derechos protegidos³⁴⁴.

Ao cidadão é garantida a vinculação objetiva do Estado ao seu próprio ordenamento; bem como é assegurado esperar do Estado um comportamento (dentro da esfera de discricionariedade) condizente com esta mesma ordem jurídica estabelecida, sem que venha o

³⁴¹ JHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 2002. Trad. Heder K. Hoffmann. Título original: *Der Zweck im Recht*. Primeira publicação: 1877. Capítulo VIII, item 'k'. pp. 225-289.

³⁴² Acerca do Estado de Direito, de forma mais contemporânea, podemos mencionar os apontamentos do jurista português MARCELLO CAETANO acerca da autolimitação do Estado, inclusive mencionando GEORG JELLINEK. CAETANO, 2010, p. 300. *Verbis*: “*O poder político não é suscetível de outra limitação jurídica senão a proveniente das suas próprias leis às quais, uma vez impostas aos cidadãos, voluntariamente se submete também: é a teoria da autolimitação do poder político que se deve, sobretudo, aos escritores alemães e foi especialmente desenvolvida e fundamentada por JELLINEK. O eminente publicista germânico assenta a sua demonstração de que o Estado fica eficazmente obrigado, por vontade própria, às leis que elabora, sobre três princípios fundamentais: a necessidade da confiança social, a suficiência da vinculação jurídica por declaração unilateral da vontade e o caráter jurídico do poder político e da soberania*”. Ver, ainda: ZIPPELIUS, 1988, pp. 152-154.

³⁴³ Entre os referenciais teóricos pátrios acerca do Estado de Direito e da Segurança Jurídica destacamos: COUTO E SILVA, 2015d. Também: ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Especialmente: Primeira parte, Título III, Capítulo I. pp. 259 e seguintes.

³⁴⁴ JELLINEK, 2012, Capítulo XI, item 2.c. pp. 346-352. GEORG JELLINEK retoma o tema em outros pontos de sua *Allgemeine Staatslehre*, notadamente no Capítulo XIII (p. 388) e no Capítulo XIV (pp. 434 e 438).

cidadão a ser surpreendido por atos estatais que estejam fora de sintonia com o ordenamento (naquilo que se denomina como princípio da proteção da confiança)^{345 346 347 348}.

Desta forma, a segurança jurídica, assim entendida, representa a estabilidade necessária e indispensável para as relações entre Estado e cidadão³⁴⁹, na medida em que “*a sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente, sobretudo, do sistema jurídico*”³⁵⁰. Quanto mais segurança jurídica houver, mais confiança institucional haverá, estabelecendo-se um círculo virtuoso nas relações entre cidadão e Estado, para a formação de uma sociedade cada vez mais equilibrada e estável. Ao contrário, quanto menos segurança jurídica houver, menor será a confiança nas relações entre cidadão e Estado e, por conseguinte, a sociedade tornar-se-á mais instável e desequilibrada.

A segurança jurídica, na moderna acepção, se verifica pela conjunção de três características básicas que traduzem, em última análise, sua essência já acima mencionada. A plenitude da segurança jurídica estaria adstrita, assim, a presença de: (a) cognoscibilidade, (b) confiabilidade e (c) calculabilidade.

Como cognoscibilidade³⁵¹ entende-se a capacidade dos cidadãos em compreender, ou conhecer, satisfatoriamente, o ordenamento jurídico a que estão (assim como o próprio Estado está) vinculados; permitindo, assim, que um mínimo determinável e intangível do

³⁴⁵ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Luís Afonso Heck. pp. 65 e seguintes.

³⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Proteção da Confiança e a Teoria da Invalidez dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015a. *Passim*.

³⁴⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015b. pp. 46-47.

³⁴⁸ MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. *Passim*.

³⁴⁹ CANOTILHO, 2003, p. 257.

³⁵⁰ MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115.

³⁵¹ ÁVILA, 2014, pp. 264-265. *Verbis*: “A ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o contribuinte ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação, pode apresentar, em maior ou em menor medida, margens de indeterminação. Adota-se, pois, uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar”.

ordenamento jurídico possa ser conhecido e, portanto, respeitado. Como confiabilidade³⁵² entende-se a promoção da estabilidade do ordenamento jurídico gerando um consequente efeito de confiança e, por conseguinte, de respeito ao ordenamento. Por fim, como calculabilidade³⁵³ entende-se a necessária previsibilidade, na maior medida possível, da aplicação das normas; ou seja, o espectro de aplicação da norma abstrata³⁵⁴ para o caso concreto deve estar dentro de um feixe determinado por critérios pré-fixados de interpretação, de modo a tornar, se não absolutamente previsível, ao menos calculável a aplicação da norma abstrata do ordenamento. Diante do que explanado, a segurança jurídica poderia ser conceituada desta forma:

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Nessa definição, cognoscibilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio da sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade. A confiabilidade, por sua vez, denota um estado de coisas em que os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados por meio do Direito, graças à existência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico. Ainda, a calculabilidade significa um estado de coisas em que os cidadãos têm, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios ou alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, por meio da anterioridade e da

³⁵² MARTINS COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 145. Nas palavras da autora: “A *confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito*”.

³⁵³ ÁVILA, 2014, p. 281. Nos dizeres do autor: “*Se deve definir a calculabilidade como um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos, e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada*”.

³⁵⁴ ÁVILA, 2015, p. 50.

continuidade das modificações e da força vinculante das suas normas, gerais e individuais³⁵⁵.

A base da segurança jurídica pressupõe, por evidente, elementos estáticos da ordem jurídica e sua atribuição *erga omnes*, possibilitando que o ordenamento seja conhecido (na maior medida possível), sendo calculáveis (também na maior medida possível) as decisões da jurisdição ordinária, gerando, com isso, confiança. Esta confiança, por sua vez, gera a crença na ordem estatal e nas instituições, promovendo a tão almejada estabilidade e a promoção do bem comum.

Aplicando-se as premissas da segurança jurídica ao controle de constitucionalidade no modelo cumulado de forma irrestrita, temos que o resultado é diametralmente oposto ao almejado pela promoção da segurança jurídica. Ao se outorgar à jurisdição ordinária a possibilidade de inaplicação de atos normativos com base no poder de rechaço, se está retirando totalmente o elemento estático do ordenamento; ou seja, o ato normativo, assim como suas hipóteses interpretativas para aplicação em concreto, passa a não ser mais possível de ser conhecido (ou cognoscível) na medida em que este pode, a qualquer tempo e por qualquer órgão da jurisdição ordinária, ser eliminado e substituído por um “novo ato normativo” (de ocasião) criado para o caso concreto. Avançando, se o ordenamento passa a não ser mais possível de ser conhecido (cognoscível), as decisões da jurisdição ordinária passam a não serem mais calculáveis, pois os elementos estáticos podem ser eliminados; ou seja, aquilo que deveria ser um limitador de possibilidades decisórias em concreto (ato normativo) passa a não mais exercer este papel, podendo a decisão em concreto tomar quase qualquer rumo, afastando-se por completo da calculabilidade³⁵⁶. Como corolário lógico, a confiança passa a inexistir. A jurisdição ordinária transforma-se não em algo confiável, mas em algo imprevisível, na medida em que para cada caso se pode ter um tratamento diametralmente oposto, mediante a consideração de constitucionalidade ou

³⁵⁵ ÁVILA, 2014, pp. 282-283.

³⁵⁶ FERRERES COMELLA, Víctor. El Imperio de la Ley y sus Enemigos. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Volume 87, pp. 413-426. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. p. 416. Palavras do autor: “*Va de suyo que la autonomía personal que estamos examinando no se va a poder satisfacer en un mundo en que los jueces decidan los casos sin sujetarse a normas jurídicas preexistentes. El decisionismo, que pide al juez que adopte en cada caso la solución que estime adecuada, sin partir de normas previas y sin estar bajo la obligación de sentar normas que deban ser aplicadas como precedentes en casos futuros, es incompatible con la autonomía personal. La justicia del Cadí de la que hablaba Max Weber no sólo es contraria al interés que el capitalismo muestra por la calculabilidad, sino que lesiona gravemente la autonomía de la persona. No hay plan de vida posible en una sociedad sin normas, en la que sus miembros dependen en cada caso de la discrecionalidad del juez*”.

inconstitucionalidade caso a caso³⁵⁷. Ao invés de segurança e igualdade, passa-se a promover (crendo se estar fazendo “justiça” no caso concreto) arbitrariedade e desigualdade^{358 359}; gerando-se instabilidade e afastando-se do bem comum, fim último do Estado.

Portanto, a opção pelo controle cumulado de constitucionalidade de forma irrestrita e a consequente liberdade da jurisdição ordinária para substituir a norma pré-existente por outra solução, em uma análise sistêmica, vai de encontro à segurança jurídica³⁶⁰, na medida em que afasta os três elementos definidores da segurança jurídica: a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiança.

V.2. O PROBLEMA DO CASO CONCRETO E SUA INFLUÊNCIA NO CONTROLE CUMULADO:

Como já afirmado acima, a jurisdição ordinária é aquela encarregada em distribuir a justiça em concreto aos cidadãos. Sua missão, portanto, é das mais importantes (e em muitas vezes hercúlea) no Estado de Direito, na medida em que a correta, equitativa e igualitária aplicação do Direito em concreto proporciona a pacificação da sociedade e a promoção do bem comum, fim último do Estado.

Esta proximidade ao caso concreto torna a jurisdição ordinária, na medida em que composta por pessoas e não por seres autômatos, suscetível às tensões e paixões que afloram, inevitavelmente, do caso concreto³⁶¹. Por este motivo, o controle cumulado de constitucionalidade, ao ser exercício pela jurisdição ordinária, procurará, ainda que involuntariamente, a solução aparentemente mais justa para o caso, ainda que para isso seja necessário usar técnicas próprias do controle separado de constitucionalidade. Disso decorrem algumas consequências que, se analisadas sistemicamente, refletem injustiça ao invés de justiça.

³⁵⁷ CAPPELLETTI, 1984, p. 77.

³⁵⁸ ARAGÓN REYES, 1998, pp. 176-177.

³⁵⁹ OTTO Y PARDO, 2010b, p. 1297. Nas palavras do autor: “*Cabe imaginar un sistema en el cual el juez no aplique el derecho positivo, sino valores, en definitiva sus propias convicciones acerca de la justicia, pero en el Estado democrático de derecho, el juez no puede aplicar más que este como derecho positivo, porque así lo exige el principio democrático del que deriva la fuerza vinculante de la ley e del derecho creado con sujeción a ella por los órganos democráticamente legitimados, con exclusión de cualquier otro derecho de distinto origen. Lo exigen también la igualdad de los individuos, la previsibilidad de las decisiones y la seguridad jurídica, que se quebraría si el juez pudiese crear libremente derecho, ejercer la función jurisdiccional con arreglo a sus propias convicciones jurídicas*”.

³⁶⁰ OTTO Y PARDO, 2010a, p. 1076.

³⁶¹ ÁVILA, 2014, p. 634.

Releva consignar a mais nítida consequência do controle de constitucionalidade no modelo cumulado: a criação no caso concreto de uma regra *ex post facto*. Um dos principais efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma incidental ao caso, pela jurisdição ordinária, é a aparente criação de um vácuo jurídico que precede a solução deste mesmo caso. Quando a função de controle é realizada de forma separada e há uma decisão declaratória de inconstitucionalidade com a nulidade do ato normativo, segue-se um vazio jurídico, tal como haveria se o ato normativo rechaçado não existisse. Mas na forma separada de controle de constitucionalidade os efeitos da decisão (ou a atividade do Tribunal Constitucional) se encerram aí, com o rechaço do ato normativo.

Diversamente ocorre quando o rechaço é realizado na forma cumulada pela jurisdição ordinária, pois ao criar o aparente vácuo jurídico, a tarefa do magistrado não se encerra aí; ao fazê-lo, ele se depara, em consequência, com o caso concreto sem norma prévia que o resolva. Ou seja, a jurisdição ordinária ao afastar um ato normativo por inconstitucionalidade, precisa, além disso, resolver o caso e, então, depara-se com a necessidade de criação de uma (nova) norma em concreto para aquele caso tendo como ponto de partida não mais o ato normativo (pois este foi rechaçado), mas sim qualquer outro ponto de partida. Cria-se, então, uma norma em concreto, para resolução do caso, *ex post facto* e com efeitos retroativos^{362 363}. Neste sentido:

Se cada juiz tem o poder de declarar – *incidenter tantum* – a inconstitucionalidade da lei, o Direito sai do campo da objetividade, entra no campo da subjetividade. O Direito passa a ser o que o juiz diz que é, e não o que foi deliberado e decidido pelo legislador. O juiz sai do campo da aplicação da lei, para definição da lei, e inclusive, *ex post facto*. Este sim, o maior mal ao Estado democrático de Direito: saber as regras do jogo, durante o jogo, ou pior, após o término da partida³⁶⁴.

Desta forma, a aplicação das técnicas de controle de constitucionalidade próprias do modelo separado, pela jurisdição ordinária para a solução de casos concretos, em uma análise apressada, poderia parecer uma ferramenta de efetividade da Constituição, ao se atribuir à jurisdição ordinária a rápida solução das questões de inconstitucionalidade, outorgando irrestrita liberdade decisória. Mas ao se realizar uma análise sistêmica deste fenômeno, a

³⁶² REVERBEL, 2012a, p. 69.

³⁶³ KELSEN, 2005, p. 211. Palavras do autor: “*Se o tribunal ordena uma sanção contra o acusado réu, apesar de o mesmo não ter violado uma regra geral preexistente de Direito positivo, a norma individual criada pela decisão do tribunal tem o efeito de uma lei ex post facto. Porque essa norma que vincula pela primeira vez uma sanção a certo ato do acusado ou réu e, desse modo, torna o ato um delito, vem a existir após esse ato ter sido executado*”.

³⁶⁴ REVERBEL; SOUZA JÚNIOR, 2009, p. 102.

conclusão em sentido diametralmente oposta se impõe. Uma liberdade decisória irrestrita da jurisdição ordinária com poder de rechaço dos atos normativos mediante o uso de técnicas de controle de constitucionalidade, tornaria (sob a falácia de estar efetivando a Constituição) esta mesma jurisdição ordinária instável³⁶⁵.

Sob este modelo, as regras do jogo ao invés de serem claras, tornam-se absolutamente incognoscíveis, pois não há mais regras, na medida em que as supostamente existentes podem ser rechaçadas e substituídas por outras “sob medida” ao caso concreto e criadas *ex post facto*. Assim, este “efeito retroativo fica em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade; e, enquanto tal, é também iníqua, pois colhe a parte de surpresa”³⁶⁶.

Do que afirmado, outra conclusão evidente decorrente da aplicação irrestrita do controle de constitucionalidade de forma cumulada é a criação de uma norma *ad hoc* para a solução do caso concreto³⁶⁷. Ao afastar o ato normativo preexistente e criar, como já dito, um vácuo jurídico no caso concreto, depara-se a jurisdição ordinária com a necessidade de estabelecer uma nova premissa (ou uma norma *ad hoc*) para a solução do caso. Ou seja, a jurisdição ordinária afasta a norma preexistente (que até então deveria reger o caso), cria uma nova solução específica para o caso (extraído da Constituição uma solução qualquer), e, após resolver o caso com esta norma *ad hoc*, não está mais obrigada a segui-la, retornando para casos ulteriores a norma preexistente afastada. Ou seja, o vácuo jurídico que demanda a criação pela jurisdição ordinária de uma norma *ad hoc* cessa com a solução do caso, em virtude da eficácia *inter partes* do controle de constitucionalidade cumulado realizado pela jurisdição ordinária.

Outorgar, portanto, esta faculdade à jurisdição ordinária, possibilita que o caso concreto seja solucionado a partir não do ato normativo preexistente e com vinculação *erga omnes* (fundamento do Estado de Direito³⁶⁸), mas, em contrário, com uma solução casuísta que pode privilegiar ou desprestigiar o caso concreto em divergência com a norma geral vigente para todos. Ao pretexto de promover a efetividade da Constituição, afasta-se a igualdade, afasta-se o elemento de estabilidade do sistema, afasta-se a segurança jurídica, na medida em que a jurisdição ordinária deixa de ter seu ponto de partida decisório não mais em elementos estáticos (ato normativo emanado pelo nível democrático), mas, ao contrário, em elementos abstratos e principiológicos extraídos de valores Constitucionais, passando a não

³⁶⁵ MARINONI, 2010, p. 65.

³⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Porto Alegre: Safe, 1993. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Título original: *Giudici Legislatori?*. p. 85.

³⁶⁷ REVERBEL; SOUZA JÚNIOR, 2009, p. 105.

³⁶⁸ SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 93.

mais ter, portanto, submissão à Lei (afinal, aquele que tem o poder de controlar não está submetido ao objeto de controle)³⁶⁹. Passa-se não a aplicar a Constituição, mas a negar sua autoridade, na medida em que ela passa a ser utilizada tal como se fosse um ato normativo destinado à solução do caso concreto e não uma norma superior destinada a guarda dos valores consensuais. A racionalidade da jurisdição ordinária não mais obedece o binômio leis-fatos (lidando com aplicação, interpretação e equidade), para passar a adotar racionalidade própria da relação leis-constituição (lidando com controle, ponderação e valores)³⁷⁰. Ao fazê-lo, a confiança no ordenamento passa a inexistir (afinal não se sabe mais o que é estável e previsível) e o caos para o Estado de Direito está instalado.

Ao decidir o caso concreto com a importação de valores constitucionais para afastar uma norma preexistente, a jurisdição ordinária estará usando mecanismos próprios ao seu funcionamento: a solução do caso concreto, o que é incompatível com as técnicas de controle de constitucionalidade. De forma automática, privilegia-se a análise do caso concreto e seus efeitos, em detrimento de uma análise sistêmica dos efeitos daquela decisão e, mesmo assim, da análise sistêmica que foi feita para a elaboração do ato normativo rechaçado. A contaminação do caso concreto é absolutamente incompatível com a técnica de controle de constitucionalidade e, muito mais incompatível, com a criação de uma norma (no caso uma norma *ad hoc*). Advertência já feita por MAURO CAPPELLETTI, vejamos:

Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos. É o caso também de notar que os juízes devem se reportar, para suas

³⁶⁹ MARINONI, 2010, p. 69.

³⁷⁰ REVERBEL; SOUZA JÚNIOR, 2009, p. 102. *Verbis*: “*Há duas formas de racionalidade no exame da lei. Uma com os fatos; outra as consequências que essa lei, a partir dos fatos, gera na constituição e na ordem social como estrutura do todo. O juiz que extrai da Constituição um princípio constitucional qualquer, que em geral vem da dignidade da pessoa humana, em especial da razoabilidade e da proporcionalidade, para criar alternativas não imaginadas pelo legislador, aplicando na relação leis-fatos, a racionalidade exigida entre leis-constituição, acaba, per saltum, legislando ou mesmo criando alternativas não imaginadas pelo legislador, matando umas das conquistas mais caras ao Estado Democrático de Direito: a justiça, que nada mais é do que segurança no tempo. Meritória a intenção do juiz. Bonita aos ditamos da razão. Excelência aos olhos da sociedade. Confortante ao aprendiz de jurista. Catastrófica aos olhos dos que pensam o Direito como ciência e estão voltados à realidade das coisas. Faz-se uma má política por meios jurídicos. Não custa dizer, na atual conjuntura do ordenamento jurídico, os princípios servem para tudo, justificam tudo, alcançam a todos, e ao mesmo tempo, ninguém. Mata-se o processo político. Desprestigia-se a lei. E quando nem o próprio judiciário respeita a lei, como exigir que a sociedade assim o faça?*”

informações, principalmente à argumentação dos advogados, e esses devem servir aos interesses de seus clientes, que estão interessados na decisão do seu caso e não no desenvolvimento do direito³⁷¹.

Em suma, ao outorgar-se a função de controle de forma irrestrita no sistema cumulado à jurisdição ordinária, cria-se o problema que nasce do rechaço da lei no caso concreto: a necessidade de decidir o caso não mais com base na interpretação do ato normativo rechaçado, mas sim mediante a necessidade de se estabelecer uma nova premissa normativa para a decisão, criada de forma *ad hoc* e *ex post facto*; e, no mais das vezes, viciada esta criação pelas inquietações do caso concreto submetido à jurisdição ordinária. Por estas circunstâncias, a solução dada no controle cumulado irrestrito mostra-se incompatível e ilógica com o Estado de Direito, pois, a pretexto de estar aplicando a Constituição, está, em verdade, negando-a, promovendo desigualdade, instabilidade e insegurança jurídica. Neste sentido:

Aplicar princípios constitucionais para salvar a lei, para colmatar a lacuna é plenamente possível. Mas, aplicar princípios *contra legem*, é dizer que interpretação do juiz sobrepujou a lei. Coloca-se, em verdade, o juiz acima da lei, pois estaria ele fazendo leis às partes, e inclusive, *ex post facto*. Declarar inconstitucional a lei tendo em vista os valores da Constituição só pode ser tarefa de Tribunais Constitucionais. A verificação é feita em abstrato, imaginando a generalidade dos casos. Não estaria o juiz constitucional vinculado às partes, nem contaminado pelos interesses momentâneos no julgamento da lide. (...). Em síntese, aplicar a lei a partir dos casos concretos é diferente de controlá-la à luz da Constituição. Aquela; função dos juízes, esta; função do Tribunal Constitucional³⁷².

Conforme já alertado, todavia, cabe se consignar que a jurisdição ordinária exerce um dos mais importantes papéis no arranjo institucional racional sugerido pela hexapartição funcional, ao exercer a função jurisdicional; sendo a função do Estado à qual é atribuída a tarefa de entregar ao cidadão, em concreto, a segurança do Estado de Direito e a própria Justiça.

Ao se pugnar pela impossibilidade de exercício, pela jurisdição ordinária, da função de controle de forma cumulada e irrestrita, não se está desprestigiando esta função do Estado; muito antes pelo contrário, se está delimitando suas funções de maneira clara, para que esta possa ser exercida com a excelência que sua importância merece e reclama.

³⁷¹ CAPPELLETTI, 1993, p. 87.

³⁷² REVERBEL, 2012a, pp. 68-69.

V.3. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO E O ATIVISMO JUDICIAL ESTIMULADO PELA CUMULAÇÃO DA FUNÇÃO DE CONTROLE:

A função de controle de constitucionalidade no modelo cumulado outorga à jurisdição ordinária uma função muito além de sua natureza. Como já mencionado supra, a forma cumulada do controle de constitucionalidade, em verdade, funde as funções de jurisdição e de controle em um mesmo Poder constituído (quem aplica o Direito e quem controla esta aplicação e o próprio Direito é o mesmo Poder). Esta fusão empresta à jurisdição ordinária um poder decisório muito grande, na medida em que pode ela, no caso concreto, utilizando premissas constitucionais e exercendo a função de controle, desvincular-se dos elementos estáticos do ordenamento (atos normativos) para criar uma nova premissa decisória para o caso concreto; conforme acima já apontado, de forma *ad hoc* e *ex post facto*.

Esta faculdade abre caminho para que, a pretexto de estar exercendo a função de controle, a jurisdição ordinária (voluntária ou involuntariamente) possa exceder suas funções (as quais são da mais alta importância, conforme já consignado) para ultrapassar os limites da juridicidade e ingressar em campos próprios a outras funções estatais alheias à jurisdição ordinária, em um desvirtuamento do Estado Democrático de Direito³⁷³, dando espaço ao que se chama de ativismo judicial.

Uma das mais comuns hipóteses que pode se potencializar de forma indesejada com este desvio é a indevida influência no mérito administrativo. Importa esclarecer, de antemão, que os atos administrativos (atos normativos oriundos da função de governo mediante a deliberação de políticas públicas) podem sofrer o controle judicial em seus critérios de legalidade, entendida esta como a observância do ordenamento jurídico, o que vai desde a legalidade estrita³⁷⁴ até o exame da finalidade quando envolvidos os chamados conceitos jurídicos indeterminados^{375 376 377} (hipótese em que a jurisdição ordinária estaria atuando como uma espécie de administrador negativo), mas jamais poderia a jurisdição ordinária intervir no legítimo exercício do poder discricionário, o que é inerente à função de governo, democraticamente indicado para tal função.

³⁷³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Brasileira de Direito Público**. Volume 23, pp. 9-23. Belo Horizonte: Fórum, 2008. *Passim*.

³⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 5ª ed. Navarra: Civitas, 2005. pp. 155-164.

³⁷⁵ COUTO E SILVA, 2015c, pp. 176-177.

³⁷⁶ ENGISCH, 2014, pp. 208 e seguintes.

³⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005, pp. 146-154.

Isso respeita a premissa de que cada função do Estado deve guardar sua autonomia em relação às demais no tocante a sua esfera de atuação³⁷⁸. No caso da função jurisdicional, se permitida fosse uma revisão ampla e irrestrita dos atos praticados por outros órgãos de Estado (inclusive do mérito administrativo) seria admitir a sobreposição de uma função (jurisdicional) sobre as demais (no caso a função de governo, ou até mesmo a função administrativa), permitindo o exercício de funções políticas pelo órgão jurisdicional desprovido de tal função^{379 380 381}; seria a politização da justiça³⁸². Logo, fixamos a premissa de que a revisão judicial de atos de governo (e também de administração) deve respeitar os limites de análise da legalidade, sem ingressar na esfera da discricionariedade do governo, sob pena de invasão da esfera política.

O problema surge quando, ao exercer a função de controle de forma cumulada, a jurisdição ordinária rechaça o ato normativo que ditou a política pública para, em seu lugar, criar uma nova política pública *ad hoc*. O problema aumenta consideravelmente quando a Constituição trata questões que, em tese, não seriam materialmente constitucionais³⁸³, outorgando à jurisdição ordinária a possibilidade de avocar tais normas formalmente constitucionais para afastar a decisão administrativa e, em seu lugar, criar uma nova decisão. Esta hipótese permitiria que uma determinada política pública fosse constitucional, por exemplo, em um município e inconstitucional no município vizinho. Mais que isso, permitiria que determinada política pública, escolhida por sufrágio eleitoral, fosse, a pretexto de uma inconstitucionalidade, substituída por outra que a jurisdição ordinária entendesse mais adequada. A mesma falta de coerência sistêmica que se verifica, conforme acima dito, no afastamento de uma norma para a criação de uma nova norma *ad hoc* e *ex post facto* para a resolução do caso concreto, se verifica quando a jurisdição ordinária, usando a função de controle de forma cumulada, influi decisivamente na discricionariedade da função de governo.

Outro limite da jurisdição ordinária que seria facilmente ultrapassado com a cumulação da função de controle seria a possibilidade de indevida influência subjetiva (ou

³⁷⁸ LOEWENSTEIN, 1976, p. 56.

³⁷⁹ COUTO E SILVA, 2015d, p. 28.

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. Número 13, pp. 17-32. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. *Passim*.

³⁸¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. AMARAL JR., José L. M. do (org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. *Passim*.

³⁸² ARAGÓN REYES, 1998, pp. 183-184.

³⁸³ REVERBEL, 2012a, p. 240.

política) na resolução de rechaço da norma e criação de outra norma *ad hoc* em seu lugar³⁸⁴. Toda vez que a jurisdição ordinária, deparando-se com o caso concreto, pretender dar a este uma solução diversa daquela preconizada pelo ato normativo prévio estará, inevitavelmente, rechaçando (por inconstitucionalidade declarada de forma cumulada) a hipótese legal e criando outra (*ad hoc* e *ex post facto*) que o órgão da jurisdição ordinária entende ser a melhor e mais justa (este problema já foi abordado quando tratamos acima dos problemas do caso concreto na função de controle sob a forma cumulada).

Esta solução, considerando que a jurisdição ordinária é composta por pessoas, aproximará a solução do caso, ou melhor, a norma aplicável ao caso daquela hipótese ideológica que o órgão da jurisdição ordinária (magistrado ou colegiado) entende mais acertada (o mais justa, ao menos aparentemente), e não aquela hipótese política determinada pelo legislador (ou pelo governo no caso de fixação de políticas públicas). Assim, sob o pretexto de dar uma “melhor” solução ao caso concreto, utiliza a jurisdição ordinária as técnicas próprias função de controle, quando assim autorizada na forma de controle cumulado, para impor, em detrimento da presunção de constitucionalidade dos atos normativos³⁸⁵, uma melhor solução que (aparentemente) agrade ao caso concreto, mas que gerará um efeito sistêmico nefasto com a quebra da segurança jurídica (conforme acima já exposto). É o risco de politização da justiça³⁸⁶ (ou “*intensificação do decisionismo*”³⁸⁷), ou seja, de o Direito passar não mais a ser o que foi deliberado pelas instâncias democráticas para passar a ser o que cada órgão da jurisdição ordinária em cada caso concreto entender que deva ser³⁸⁸; mediante critérios de subjetividade de seus membros³⁸⁹.

Mais um ponto a merecer destaque é a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade no modelo cumulado abrir espaço para uma sobreposição de princípios (notadamente os constitucionais) em detrimento das regras (notadamente de atos normativos ordinários), naquilo que pode ser chamado de uso desmedido dos princípios constitucionais. Ou seja, ao invés de o ponto de partida da decisão em concreto ser o ato normativo (com maior grau de calculabilidade da decisão), este ponto de partida é substituído pelos princípios, notadamente os constitucionais (com menor grau de calculabilidade da decisão).

³⁸⁴ Ver: GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Controle de Constitucionalidade e Jurisdição *Strictu Sensu***. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2013. pp. 94-96.

³⁸⁵ Ver: FERRERES COMELLA, 2012, pp. 131 e seguintes.

³⁸⁶ BARROSO, 2009, pp. 27-30.

³⁸⁷ ÁVILA, 2015, p. 116.

³⁸⁸ CAPPELLETTI, 1984, p. 77.

³⁸⁹ REVERBEL, 2012a, p. 235.

Um sistema jurídico possui como normas primárias as regras e os princípios^{390 391}. As regras são normas descritivas e concretas que definem a adoção de uma conduta (e/ou a respectiva consequência), sobre as quais não há grande margem interpretativa, possuindo alto grau de calculabilidade em sua aplicação, devendo estar em consonância com os princípios sistêmicos superiores, notadamente os constitucionais. Os princípios são normas com juízos deônticos que indicam um modelo ideal a ser perseguido, possuindo maior grau de indeterminabilidade e maior margem interpretativa, possuindo menor grau de calculabilidade em sua aplicação, sendo necessários para, mediante o uso de equidade, ajustar as situações em concreto.

Desta forma, as regras a serem aplicadas pela função típica da jurisdição ordinária, não obstante possam ser ajustadas pela interpretação (questão já abordada supra), são o principal fator de estabilidade e calculabilidade que pode ter a jurisdição ordinária e, portanto, sua aplicação gerará cada vez mais confiança na instituição da jurisdição ordinária. Ao contrário, sua não aplicação em prol de princípios (notadamente os constitucionais) quando a aplicação da regra seria clara no caso, gerará o efeito contrário: insegurança e desconfiança³⁹². Descumprir uma regra aparentemente aplicável ao caso é muito mais grave que descumprir um princípio, aparentemente aplicável ao caso³⁹³. Desta forma, uma regra deve sempre ser aplicada ao caso quando verificada sua aplicabilidade, não podendo ser ignorada ou substituída por outra norma (*ad hoc*) extraída de princípios constitucionais (com alto grau de subjetividade e baixa calculabilidade, portanto) que resolva, aparentemente, o caso de maneira mais confortável aos olhos do respectivo órgão da jurisdição ordinária^{394 395}. Portanto, fixa-se

³⁹⁰ ÁVILA, 2015, p. 102. *Verbis*: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Título original: *Theorie der Grundrechte*. pp. 81 e seguintes.

³⁹² LARENZ, 2014, p. 609.

³⁹³ ÁVILA, 2015, p. 129. *Verbis*: “Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que se sabia dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão”.

³⁹⁴ OTTO Y PARDO, 2010b, p. 1297.

³⁹⁵ ÁVILA, 2015, p. 141. *Verbis*: “As regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é

a premissa de que as regras devem ter prioridade de aplicação na atividade típica da jurisdição ordinária em relação à aplicação dos princípios, inclusive quando o princípio invocado for um princípio constitucional. Neste sentido:

El juez, al aplicar los derechos constitucionales los aplica directamente sólo cuando no existe ley, pero cuando hay ley de desarrollo del derecho (desarrollo legal que, insistimos, es conveniente, jurídicamente), el juez debe aplicar la ley (interpretándola constitucionalmente, claro está) y no puede hacer prevalecer su interpretación jurídica de la Constitución sobre la interpretación política del legislador, salvo en el supuesto de que la ley vulnere frontalmente el contenido esencial del derecho. En este último caso es cuando únicamente puede el juez inaplicar la ley y aplicar la Constitución (si se trata de un sistema de control judicial difuso de la constitucionalidad) o plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional (si se trata de un control de constitucionalidad concentrado), y el Tribunal Constitucional, en ese supuesto, sólo puede anular la ley si, efectivamente, se da esa frontal o inequívoca vulneración (in dubio pro legislatoris)³⁹⁶.

Desta forma, releva consignar que a utilização exagerada de princípios para a solução de casos em concreto contribui para o aumento da falta de calculabilidade das decisões da jurisdição ordinária, na medida em que os princípios possuem amplitude interpretativa muito maior que as regras. O controle de constitucionalidade de forma cumulada, por seu turno, constitui uma possibilidade elevadíssima de utilização dos princípios constitucionais para o rechaço de uma regra aplicável ao caso (ao invés, se fosse o caso, de uma solução de aplicação da regra de forma condizente com a equidade, onde a amplitude interpretativa seria bem menor), aumentando a margem de interpretação na aplicação da premissa normativa ao caso concreto, possibilitando, inclusive, que fosse ultrapassado o limite entre o jurídico e o político, na medida em que se estaria criando uma solução nova em detrimento da solução legislada.

As questões acima levantadas acerca da indevida influência no mérito administrativo, da indevida influência subjetiva e do uso desmedido dos princípios constitucionais, necessariamente precisam ser analisadas sob o prisma dos limites jurídicos da jurisdição ordinária, sua ultrapassagem e quanto o controle de constitucionalidade cumulado permitiria (ou estimularia) esta ultrapassagem. Ao analisar a legalidade de um ato administrativo a jurisdição ordinária estará questionando seu mérito, sendo que o limite passa a ser o ingresso

moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais”.

³⁹⁶ ARAGÓN REYES, 1998, p. 159.

na esfera política da discricionariedade³⁹⁷. Quando decide um caso concreto, é evidente que uma parcela de subjetividade do órgão da jurisdição ordinária estará presente, sendo o limite a ser observado justamente as hipóteses interpretativas condizentes com a juridicidade, não podendo sobrepor-se a jurisdição ordinária às opções políticas legítimas dos atos normativos provindos dos níveis deliberativos das funções do Estado. Ao decidir e preencher lacunas ou amoldar a regra ao caso concreto, a jurisdição ordinária faz uso de princípios³⁹⁸, inclusive constitucionais, sendo que o limite é a não utilização destes para atingir opção normativa diversa daquela política e legitimamente deliberada.

Portanto, passa a ser necessária a limitação entre o que seria uma decisão da jurisdição ordinária escorada na juridicidade (dentro de sua função) e o que seria uma decisão política (fora de sua função) com o avanço sobre os níveis deliberativos das funções do Estado; e o quanto a outorga à jurisdição ordinária da função cumulada de controle de constitucionalidade contribuiria para a ultrapassagem deste limite.

Uma decisão livre (submetida apenas aos valores constitucionais) é uma decisão política, discricionária, optativa, natural e inerente aos níveis deliberativos das funções do Estado, democraticamente indicados para tal finalidade. Uma decisão jurídica, a seu turno, é uma decisão cuja tomada está previamente programada em normas preexistentes, bem como pode, quando necessário, utilizar critérios de escolha (interpretação) plenamente justificáveis do ponto de vista normativo^{399 400}.

Desta forma, uma decisão tomada pela jurisdição ordinária, para que não seja considerada como política e interveniente da esfera deliberativa das funções do Estado, deve adotar critérios pré-determinados de resolução do caso, sob pena de, em não o fazendo, estar criando norma nova (*ex post facto* e *ad hoc*). Estes critérios decisórios pré-determinados, por lógica, devem basear-se em elementos estáticos do ordenamento, notadamente nas normas em abstrato, de forma complementar nos precedentes (ponto que será a seguir melhor aprofundado), e, quando necessário justificar determinada interpretação, nas normas (postulados normativos⁴⁰¹) aceitas pela dogmática jurídica para tal finalidade. Assim o sendo, a decisão da jurisdição ordinária estará adstrita à juridicidade e será sempre calculável,

³⁹⁷ COUTO E SILVA, 2015c, pp. 176-177.

³⁹⁸ ÁVILA, 2015, p. 148.

³⁹⁹ OTTO Y PARDO, 2010a, pp. 1074-1076.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença Arbitrária. **Revista de Processo**. Volume 204, pp. 33-50. São Paulo: RT, 2012. *Passim*.

⁴⁰¹ ÁVILA, 2015, pp. 163 e seguintes.

gerando aceitação e confiança institucional, em um círculo virtuoso que tornaria cada vez mais promovida a segurança do Estado de Direito. Neste sentido:

La decisión en la que se aplica derecho, y en concreto la decisión judicial, se basa en un modelo argumental distinto. La decisión solo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en unas premisas que a su vez gocen de esa aceptación, porque del juez se exige que trate todos los casos por igual e imparcialmente, y esto significa que se aporten tanto los elementos subjetivos del juzgador como las particularidades del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo.

Esta exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general se cumple de dos modos complementarios. El primero de ellos es la *sumisión a la norma*, a la ley en el sentido amplio del término. (...). El segundo elemento de legitimación es lo que podríamos llamar *la regla de aplicación*, esto es, el criterio que utiliza el juez para fundamentar su decisión concreta en el marco de posibilidades que el texto le permite. La decisión solo se legitima si la adopción de la decisión obedece no al particular criterios del juez, sino a reglas generales de aplicación, esto es, a reglas aceptadas por la conciencia jurídica como cálidas. Tales reglas son las que proporcionan la sentada por los precedentes y la dogmática.

La decisión, por tanto, tiene que ser argumentable a partir de algunas de las diversas doctrinas interpretativas elaboradas por la doctrina y susceptibles de una aceptación más o menos general. (...). En segundo lugar, el juez se vincula, siquiera sea de hecho, a los precedentes, a las decisiones anteriores, para presentar la decisión como justa, esto es, como aportada por un criterio que no es la pura subjetividad del juez ni la pura peculiaridad del caso. En tercer lugar, la decisión se crea a partir de una dogmática que, con apoyo en la ciencia jurídica, sistematiza las reglas de derecho judicial. La dogmática está integrada por subsistemas de reglas cuyo fin no es tan solo concretar la norma, sino constituir su sentido. La dogmática hace que los problemas sean susceptibles de una solución capaz de suscitar aprobación generalizada. La dogmática aporta así un conjunto de reglas intrasistemáticas, un conjunto interno al sistema jurídico integrado por las normas y por el modo en que estas son aplicables.

(...). Lo que interesa señalar con insistencia es que, sean cuales sean los motivos efectivos de la decisión, esta *solo puede legitimarse si se presenta bajo ese ropaje argumental* y que, por tanto, en el proceso decisorio se rechazan todas aquellas soluciones que no son susceptibles de esa cobertura. Y en ello radica la diferencia básica con el proceso de la decisión política, en la que la sumisión a la norma se realiza sin el intermedio de la regla de aplicación. El político, como el juez, decide, pero lo hace con sumisión a la norma y razonamiento de base empírica, inmediatamente ligados a las conexiones causales de las posibles opciones. No está sometido ni a reglas de interpretación ni a los precedentes, ni a la dogmática⁴⁰².

Em suma, a função de jurisdição ordinária, no exercício de suas atribuições deve estar adstrita à juridicidade, entendida esta como a vinculação ao ordenamento jurídico e aos elementos estáticos que este oferece; e desvinculada de elementos políticos e subjetivos⁴⁰³, dentro da sistemática decisória acima demonstrada. A atividade interpretativa, inerente ao processo decisório, deve estar, portanto, submetida a uma racionalidade própria e que seja aceita de maneira geral pela comunidade; sob pena de se outorgar à jurisdição ordinária a possibilidade de se desvincular por completo dos elementos estáticos do ordenamento e criar

⁴⁰² OTTO Y PARDO, 2010b, pp. 1304-1305.

⁴⁰³ URBANO, 2016, p. 150.

livremente soluções no caso concreto (ou diferentes soluções para cada caso), indo de encontro ao Estado de Direito⁴⁰⁴.

Portanto, se à jurisdição ordinária é necessária a adstrição à juridicidade, conforme acima exposto, sendo a esta vedada a tomada de decisões políticas, então o controle de constitucionalidade de forma cumulada gera um problema lógico insolúvel. Ao rechaçar a norma existente com base na inconstitucionalidade no modelo cumulado, a jurisdição ordinária depara-se com o caso concreto sem ato normativo capaz de resolvê-lo e, então, vê-se obrigado a criar uma norma (*ad hoc* e *ex post facto*) para resolver o caso, diversamente daquela deliberação tomada pelas funções de nível deliberativo e, portanto, a jurisdição ordinária toma, assim, uma decisão inevitavelmente política. Mais que isso, uma decisão política, potencialmente, poderia ser tomada para cada caso, e diferentes soluções serem dadas para situações idênticas. A ausência de calculabilidade é total e a desconfiança, como consequência, é o resultado.

Desta forma, o modelo cumulado de controle de constitucionalidade empurra irremediavelmente a jurisdição ordinária para além de seus limites, obrigando-a, em decorrência lógica do rechaço do ato normativo prévio, à tomada de decisões que ultrapassam suas funções típicas e inerentes, invadindo a esfera de deliberação normativa e eliminando os elementos estáticos do ordenamento. A isto chamaremos de ativismo judicial, onde a jurisdição ordinária toma postura política ativa (uma vez que empurrada para isso). Esta situação, ao invés de fazer justiça, apenas afasta a jurisdição ordinária de sua honrosa e tão importante missão: levar ao cidadão a segurança do Estado de Direito⁴⁰⁵.

V.4. A FUNÇÃO DE CONTROLE NO MODELO CUMULADO E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES: SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO DE NÍVEL EXECUTIVO:

Acima mencionamos que a estabilidade de uma sociedade necessariamente precisa de segurança jurídica, entendida esta como a base da relação entre cidadão e Estado, bem como no

⁴⁰⁴ ÁVILA, 2014, p. 281. Nos dizeres do autor: “A atividade interpretativa é reconstrutiva, no sentido de ser, de um lado, constitutiva, mas, de outro, não ser discricionária, por que a norma de decisão é constrangida pelos sentidos do texto. Mesmo a aceitação da margem de indeterminação da linguagem não autoriza o ‘vale tudo’ interpretativo, ou uma manipulação ‘a la diable’ dos elementos normativos, como enuncia Machado Derzi, em razão da necessidade de referência do aplicador aos elementos internos do sistema jurídico, de modo fundamentado. Caso contrário, haveria violação não apenas do princípio do Estado de Direito como igualmente do princípio da separação dos Poderes”.

⁴⁰⁵ REVERBEL, 2012a, pp. 239-240.

convívio em sociedade. O Estado deve estar vinculado a sua própria ordem jurídica^{406 407}, tornando cognoscíveis e calculáveis seus atos, possibilitando assim que se tenha em plenitude a confiança nas instituições, e, enfim, paz e ordem na sociedade. O cidadão, por seu turno, teria a certeza de “*agir dentro do espaço de licitude e liberdade ínsito ao Estado Democrático de Direito, o que somente é possível em havendo um discurso racional e certa previsibilidade na interpretação e aplicação do Direito*”⁴⁰⁸.

Para o atingimento desta finalidade, a atuação do Estado deve basear-se em elementos estáticos, gerais e prévios do ordenamento jurídico, notadamente no exercício da função jurisdicional, conforme já abordado supra. Esta base em elementos estáveis, por lógica, outorga à atuação do Estado justamente a consequente confiança tão procurada.

Sob esta premissa cabe ser analisada a possibilidade da adoção da técnica dos precedentes obrigatórios⁴⁰⁹ e se esta adoção eliminaria ou amenizaria os problemas decorrentes do controle cumulado de constitucionalidade, acima apresentados.

Os precedentes, uma vez adotada a vinculação, são, por lógica, elementos estáticos, uma vez que são pretéritos à sua aplicação e tem aplicabilidade *erga omnes*. Portanto, a adoção do sistema de precedentes vinculativos agrega mais calculabilidade às decisões judiciais vindouras⁴¹⁰, sendo, em consequência lógica, fator de maximização da segurança jurídica e da confiança^{411 412}. Sob esta linha lógica, a adoção dos precedentes vinculativos torna mais ainda calculável a atuação da jurisdição ordinária. Neste sentido:

A aplicação do princípio da segurança jurídica no âmbito jurisprudencial requer, portanto, uma análise particular. A prática jurisprudencial é, em certo sentido, vocacionada para a mudança e para a incoerência: como, no processo ordinário, o julgador analisa o caso que lhe é apresentado pelas partes, a sua visão é orientada pela justiça particular, e não pela justiça geral; como cada novo caso pode apresentar uma experiência recalcitrante capaz de conduzir a uma regra individual com base no postulado da razoabilidade, a prática jurisprudencial pode levar a um estado de desuniformidade. Esse particularismo e essa ausência de estabilidade podem ser contrários aos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade que compõem o princípio da segurança jurídica. Isso, porém, não ocorre de maneira necessária. É que, se a prática jurisprudencial, a par de obedecer a regras processuais

⁴⁰⁶ JHERING, 2002, Capítulo VIII, item ‘k’. pp. 225-289.

⁴⁰⁷ JELLINEK, 2012, Capítulo XI, item 2.c. pp. 346-352.

⁴⁰⁸ RODOVALHO, Thiago. A Função Institucional das Cortes Superiores. DIDIER JR., Fredier (coord.). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Salvador: Juspodium, 2015. p. 66.

⁴⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *Passim*.

⁴¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da decisão Judicial. **Revista de Processo**. Volume 206, pp. 61-78. São Paulo: RT, 2012. pp. 69-70.

⁴¹¹ OTTO Y PARDO, 2010b, p. 1305.

⁴¹² LARENZ, 2014, p. 611.

de uniformização e de generalização, também for autolimitada, com base no princípio da igualdade, aos seus próprios precedentes, ela será compatível com o princípio da segurança jurídica.

Essa autovinculação decorre da exigência de tratar igualmente casos iguais. A lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus termos. Portanto, ainda que ‘cada caso seja um caso’, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato. Isso não significa que o Poder Judiciário não possa afastar-se dos seus precedentes. Significa, tão só, que, tendo sido adotada uma linha decisória, ele só possa dela se afastar quando houver razões justificativas suficientes para tanto.

O importante para o tema ora versado é que a referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do Poder Judiciário. Ao restringir a atuação futura com base na atuação passada, o princípio da igualdade reduz o espectro e a variabilidade das consequências atribuíveis a atos praticados pelo contribuinte⁴¹³.

Os precedentes, portanto, atuam como verdadeiros limitadores do espectro de possibilidades interpretativas para a decisão em concreto da jurisdição ordinária⁴¹⁴, podendo, inclusive, indicar uma única hipótese interpretativa (e, portanto, decisória) para determinado caso concreto. Neste mote, as cortes superiores, e no caso do controle de constitucionalidade especificamente o Tribunal Constitucional, exercem um papel de indicação exata, na maior medida possível, da forma como determinado ato normativo abstrato deve ser interpretado para sua aplicação em concreto^{415 416}.

Este raciocínio não deve ser interpretado como uma diminuição da atividade da jurisdição ordinária, notadamente das instâncias iniciais, sob o argumento de que se estaria restringindo a liberdade do juiz. Isso pelo simples fato de que o juiz tem sua liberdade decisória limitada, justamente, por sua necessária adstrição à juridicidade. A função da jurisdição ordinária não é ter liberdade para decidir livremente (politicamente) sobre qualquer caso. A função da jurisdição ordinária, das mais importantes para a racionalidade do arranjo institucional do Estado, é entregar ao cidadão a segurança do Estado de Direito e contribuir

⁴¹³ ÁVILA, 2014, pp. 633-634.

⁴¹⁴ CAPPELLETTI, 1993, p. 84.

⁴¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 70. *Verbis*: “Daí que interpretar adequadamente o Direito não é um evento acidental na vida da Corte Suprema. Pelo contrário: interpretar adequadamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito. (...). Consequentemente, tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissenso na sua observância pelos seus próprios membros ou por seus órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, com um desrespeito e um ato de rebeldia diante da sua autoridade, que deve ser evitado e, em sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação”.

⁴¹⁶ ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Juspuidium, 2015. pp. 324 e seguintes.

para a formação e evolução do Direito com a atividade interpretativa, dentro dos limites acima elencados. Neste sentido:

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um 'nada', ou pior, em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos, o inconcebível⁴¹⁷.

Dito isso, poderíamos afirmar que em um ordenamento jurídico de tradição romano-germânica os precedentes vinculativos atuam em um segundo estágio da fixação de elementos estáticos, posteriormente ao ato normativo, na promoção da segurança jurídica, mediante diminuição ou definição do espectro de possibilidades decisórias a serem tomadas em concreto. Dado que ao juiz não é facultado não decidir, teríamos três estágios de solução do caso concreto, sob este raciocínio. (1) Quando não há ato normativo regulando o caso concreto e tampouco precedente (provavelmente um caso peculiar); nestas hipóteses o juiz valer-se-á de elementos sistêmicos do ordenamento (ainda assim adstrito à juridicidade) para decidir, sendo possível um espectro amplo de soluções jurídicas e conformes ao ordenamento, afastando-se a decisão da calculabilidade, mas ainda assim sendo uma decisão jurídica, na medida em que a decisão não se sobrepôs a um prévio ato normativo e, portanto, não invadiu a esfera política. (2) Quando há ato normativo (elemento estático principal no sistema romano-germânico) regulando o caso concreto o juiz poderá decidir tomando como ponto de partida este ato normativo para, interpretando e ajustando o ato normativo ao caso concreto, decidir mediante um espectro reduzido de possibilidades jurídicas, aumentando-se a calculabilidade da decisão em concreto. (3) Quando há ato normativo regulando a matéria e a este se soma a existência de precedente vinculativo (elemento estático interpretativo), notadamente no caso de análise de constitucionalidade, a solução do caso concreto passa por um espectro reduzidíssimo (senão inexistente, quando a solução apontada for uma única) de possibilidades, na medida em que o precedente tem (ou deve ter) a mesma força obrigatória e

⁴¹⁷ MARINONI, 2010, p. 65.

geral que o ato normativo⁴¹⁸; tornando, assim, a decisão em concreto tão calculável a ponto de beirar (ou até atingir) a previsibilidade.

Admitindo-se um modelo com controle cumulado irrestrito de constitucionalidade, a jurisdição ordinária não estaria adstrita sequer ao elemento estático do ato normativo, na medida em que “o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei”⁴¹⁹. Desta forma, estaria criado um cenário onde se estenderia a todos os casos a hipótese (1) ventilada no parágrafo anterior, estando todos os casos potencialmente sujeitos a um espectro amplo de possibilidades decisórias⁴²⁰, com a agravante de, uma vez afastado o ato normativo, ter o juiz que criar uma nova solução, desta vez de natureza política (conforme já abordado supra), na medida em que substitui o ato normativo (e também o precedente se houver) prévio por uma nova norma abstrata *ex post facto* e *ad hoc*; ou seja, sem adstrição à juridicidade⁴²¹.

Projetando este raciocínio para a questão do controle cumulado de constitucionalidade, os precedentes, notadamente quando houver uma Corte Suprema encarregada dos casos constitucionais, são uma forma de mitigar as possibilidades de atuação da jurisdição ordinária em matéria de controle de constitucionalidade⁴²², especialmente nas instâncias inferiores, pois impediria que a amplitude de espectro decisório fosse estendida para todo e qualquer caso; o sendo apenas nos casos onde não houver precedente da Corte Suprema de constitucionalidade, situações em que persistiriam os problemas anteriormente declinados. Em suma, a vinculação a precedentes, especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade, amenizaria (mas não eliminaria) os problemas acima referidos pela adoção da forma cumulada de controle, passando um controle cumulado irrestrito, para um controle cumulado restrito.

Em suma, a técnica dos precedentes vinculativos ameniza os problemas sistêmicos do controle cumulado de constitucionalidade (acima expostos), na medida em que para os casos onde houver precedente obrigatório não estariam autorizadas as instâncias inferiores da jurisdição ordinária a decidir de forma diversa. Ou seja, a insegurança jurídica, que em um sistema de controle cumulado irrestrito seria total, passa a ser mitigada se adotada a técnica dos precedentes em relação à Corte Constitucional, mas não totalmente afastada, na medida

⁴¹⁸ KELSEN, 2005, p. 216.

⁴¹⁹ MARINONI, 2010, p. 69.

⁴²⁰ RODOVALHO, 2015, p. 68. *Verbis*: “Se há instabilidade na interpretação, se ela é reduzida a uma verdadeira ‘loteria jurídica’. Ficam os cidadãos relegados ao incognoscível, ao caos, sem saber, ou ao menos sem ter certeza, se a conduta é permitida ou não, (...) o que se transforma em um fator de instabilidade social, enfraquecendo o próprio Estado e a sociedade”.

⁴²¹ ÁVILA, 2008, *passim*.

⁴²² BREWER CARÍAS, 1997, pp. 132-133.

em que a ausência de calculabilidade (aumento do espectro de possibilidades decisórias como decorrência do rechaço do ato normativo) restaria presente, ainda, nos casos não dotados de precedente vinculativo.

Desta forma, é correto afirmar que a opção por um sistema cumulado de controle de constitucionalidade poderia funcionar de forma mais eficaz e menos contraditória com a segurança jurídica em um modelo que poderíamos chamar de controle cumulado restrito. Apenas nos casos onde não houvesse a introdução do elemento de estabilidade do precedente, ou seja, onde não houvesse o pronunciamento do Tribunal Constitucional (ou da Corte Suprema encarregada de tal função) acerca da questão de constitucionalidade é que seria dado à jurisdição ordinária exercer a função de controle.

Esta solução, como dito, amenizaria os problemas decorrentes do controle cumulado irrestrito (sem vinculação aos precedentes), embora ainda não fosse a ideal. Um sistema ideal, em nosso entendimento, seria aquele onde todas as questões de constitucionalidade tivessem tratamento igualitário (*erga omnes*); assim, o controle separado, com a possibilidade de questionamento mediante ações abstratas de controle, ou com a suscitação a partir de um caso concreto, inclusive de ofício pela jurisdição ordinária⁴²³, parece ser a solução mais racional sob uma análise sistêmica.

⁴²³ ARAGÓN REYES, 1998, p. 185.

CONCLUSÃO:

O presente estudo, parte da análise da evolução das funções do Estado, para identificar dentro destas a função de controle e, modernamente, as formas de sua realização, se separada ou cumulada com a função jurisdicional, assim como a identificação dos desdobramentos de cada uma destas opções institucionais, nos fazem consignar as seguintes conclusões.

1. A abordagem das funções do Estado é de fundamental importância para o entendimento e crítica dos arranjos institucionais de Poderes que venham a ser adotados por determinado Estado. As funções do Estado são os meios que são utilizados para se chegar ao fim último do Estado: o bem comum e a boa vida em sociedade. O avanço doutrinário e filosófico acerca do tema, desde LOCKE e MONTESQUIEU, passando por JELLINEK, até a modernidade, conduziu à conclusão de que as funções do Estado identificadas guardam uma racionalidade que as segrega nos níveis de execução, deliberação e controle (ou deliberação, execução e controle, na ordem indicada por LOEWENSTEIN). Um nível delibera (mas não executa), o outro executa (mas não delibera), e um nível superior controla (mas não delibera e nem executa). Esta racionalidade permite que estes níveis de funções se complementem em uma simbiose que preserva os valores inerentes a cada um deles: democracia (nível deliberativo), eficiência (nível executivo), e segurança (nível controlador). Esta mesma racionalidade aplicada às necessidades do Estado leva a sua divisão em dois campos: um jurídico e outro político, fazendo assim nascer, da sobreposição dos níveis e campos, as seis funções identificadas. São elas: administrativa (executiva-política), jurisdicional (executivo-jurídica), governamental (deliberativa-política), legislativa (deliberativa-jurídica), moderadora (controladora-política), e controladora (controladora-jurídica); ressaltando-se, como consignado supra, que nos níveis superiores as características política e jurídica, notadamente no que diz com a função controladora, se aproximam.

2. Esta racionalidade e a identificação destas seis funções do Estado são independentes do arranjo de Poderes que determinado Estado venha a adotar. Todas as seis funções estarão presentes independentemente do arranjo institucional atinente à separação de Poderes. Se, portanto, o número de Poderes constituídos for inferior ao número de funções, o número de funções permanecerá o mesmo, e o que ocorrerá, em verdade, é a fusão de mais de uma função em um mesmo Poder. A privilegiar a racionalidade das funções do Estado, a plenitude seria alcançada com a outorga de cada função a um Poder, tornando dificultosa, no mínimo, a invasão da esfera de uma função pela outra. Do contrário, quase que inevitavelmente, uma função seria absorvida, ou subvertida, por outra e o caminho estaria aberto para ir de encontro

ao Estado Democrático de Direito com o desvio dos fins últimos do Estado. A adoção da racionalidade das funções do Estado e sua correta distribuição entre os Poderes, portanto, promove estabilidade institucional, segurança jurídica e segurança política; o contrário, com a fusão de funções em um mesmo Poder, induz à instabilidade institucional, insegurança jurídica e insegurança política.

3. No que toca à função de controle de constitucionalidade, esta pode ser exercida de duas formas, a depender da opção institucional de cada Estado: de forma separada ou cumulada. Na forma separada, mediante a outorga da função de controle exclusivamente a um Poder Constituído para este fim (o Tribunal Constitucional), obedecendo à racionalidade atinente à separação das funções do Estado. Na opção cumulada com a fusão no Poder Judiciário das funções de jurisdição e de controle, conforme a lógica acima apresentada acerca das funções do Estado, indo de encontro à racionalidade das funções do Estado.

4. O modelo separado de controle de constitucionalidade baseia-se na premissa de que há uma esfera de indisponibilidade das funções deliberativas, e também das executivas, as quais não podem tudo decidir. Há valores consensuais intransponíveis e materializados na Constituição que não podem ser ultrapassados. Os níveis democráticos não possuem uma amplitude ilimitada de decisão; ou seja, a maioria não pode tudo decidir em detrimento da minoria (tese defendida por KELSEN nos embates com SCHMITT). O Tribunal Constitucional, no exercício da função de controle de forma separada, atuaria como verdadeira força contra majoritária, impedindo, justamente, a violação dos valores consensuais (Constituição material) pelos responsáveis em elaborar atos normativos (nível deliberativo) e executar em concreto o ordenamento (nível executivo). Assim, a crítica de possível violação da democracia, por vezes atribuída ao Tribunal Constitucional, não se sustenta, na medida em que, se adotarmos o conceito (correto) de democracia segundo o qual a maioria não pode tudo deliberar, o Tribunal Constitucional seria, ao contrário, um guardião da democracia e não antagonista a esta.

5. Ainda no modelo separado de controle de constitucionalidade, releva notar que as técnicas empregadas para aferição de constitucionalidade (com todas as possíveis variações decisórias demonstradas acima) levam em conta a análise da compatibilidade entre Constituição e atos normativos, e não entre Constituição e fatos (caso concreto). Assim sendo, estas técnicas são próprias para o controle separado de constitucionalidade, na medida em que possibilitam uma análise sistêmica não só da constitucionalidade em específico, mas uma análise macro das consequências universais da possível inconstitucionalidade do ato normativo. Além disso, tais técnicas são moldadas para a tomada de decisões *erga omnes*,

com efeitos gerais no ordenamento, possibilitando maior certeza acerca da constitucionalidade dos atos normativos e, conseqüentemente, maior calculabilidade na aplicação do Direito, gerando estabilidade institucional, segurança jurídica e segurança política.

6. A opção pelo controle de constitucionalidade cumulado irrestrito possibilita que qualquer instância da jurisdição ordinária, mediante a fusão das funções de jurisdição e controle, possa, no caso concreto, realizar controle de constitucionalidade, com efeitos *inter partes*. Esta opção gera alguns efeitos sistêmicos contraditórios ao Estado de Direito. Ao permitir que a jurisdição ordinária, por seus órgãos fracionários, realize controle irrestrito de constitucionalidade, se passa a ter como resultado macro que não se saberá mais o que é constitucional, na medida em que aquilo que é constitucional para um órgão fracionário da jurisdição ordinária pode não sê-lo para outro. Mesmos cidadãos, vivendo sob a mesma ordem jurídica e sob a mesma Constituição, teriam decisões de constitucionalidade antagônicas. Esta opção outorga à jurisdição ordinária a possibilidade de eliminação por completo dos elementos estáticos inerentes aos ordenamentos de tradição romano-germânica: os atos normativos. Ao invés de decidir um caso com base no espectro de possibilidades interpretativas legítimas, a jurisdição ordinária tem a possibilidade de eliminar as normas previamente existentes, com o rechaço por inconstitucionalidade, passando a ter um vácuo jurídico no caso concreto que obriga à criação de uma nova norma *ad hoc* e *ex post facto*.

7. Esta situação no modelo de controle cumulado irrestrito torna absolutamente incalculável (potencialmente) qualquer decisão judicial, eliminando os fundamentos da vinculação do Estado ao seu próprio ordenamento e, via de consequência, indo de encontro à tão almejada segurança jurídica. Ao invés de se esperar da jurisdição ordinária uma decisão baseada em critérios de hermenêutica e equidade (uma decisão calculável), outorga-se à jurisdição ordinária a possibilidade de uma decisão para quase qualquer direção, mediante a aplicação direta (relação da Constituição com o caso concreto) de preceitos constitucionais indeterminados, que não possuem esta finalidade. Esta opção, ao tornar incalculável a atuação da jurisdição ordinária, promove instabilidade institucional, insegurança jurídica e insegurança política.

8. A outorga de tamanho poder à jurisdição ordinária abre caminho ao que chamamos de ativismo judicial, que ocorre quando a jurisdição ordinária ultrapassa suas obrigações funcionais (função jurisdicional) e, voluntária ou involuntariamente, esperando estar fazendo justiça, invade a esfera política, deixando a adstrição à juridicidade. Abre-se fácil caminho à indevida atividade decisória sobre o mérito de políticas públicas (passando a jurisdição ordinária a deliberar em lugar da função de governo), ao indevido uso de questões subjetivas

para a tomada de decisão (passando a jurisdição ordinária a deliberar em lugar da função legislativa), bem como para o uso desmedido dos princípios constitucionais (passando a jurisdição ordinária a controlar no lugar da função de controle).

9. A jurisdição ordinária exerce das mais nobres funções do Estado, dentro da racionalidade que a divisão apresentada sugere. À jurisdição ordinária é conferida a tarefa de entregar ao jurisdicionado, em concreto, a segurança do Estado de Direito; é o refúgio do cidadão contra violações do ordenamento jurídico e salvaguarda de seus direitos. Para tanto, suas decisões devem buscar a justiça, mas sempre dentro dos limites do ordenamento e da adstrição à juridicidade, valendo-se da equidade e da hermenêutica, para moldar o ato normativo às especificidades do caso, mas sem rechaça-lo. Assim o fazendo, haverá calculabilidade das decisões judiciais, promovendo-se a confiança institucional e, por conseguinte, entregando a segurança jurídica tão almejada ao Estado de Direito. Esta função inerente à jurisdição ordinária, das mais importantes no arranjo institucional, não é possível quando esta mesma jurisdição ordinária tem a possibilidade de rechaço do ordenamento e livre decisão (decisão política e não jurídica).

10. Uma forma de mitigação dos problemas derivados do controle cumulado irrestrito seria a adoção de um controle cumulado restrito, mediante o emprego da técnica dos precedentes, notadamente em matéria constitucional. Os precedentes atuam, em ordenamentos de tradição romano-germânica, como elementos estáticos secundários (mas não menos importantes) em relação aos atos normativos. Os atos normativos indicam uma norma em abstrato que, por sua vez, outorga à jurisdição ordinária um espectro de possibilidades interpretativas legítimo, dentro da juridicidade, para a solução do caso concreto. Os precedentes atuarão regulando e tornando estático este espectro de possibilidades decisórias, limitando-o, ou até mesmo definindo uma única solução possível (promovendo segurança jurídica). Desta forma, aplicando-se esta lógica aos precedentes em matéria de constitucionalidade no controle cumulado, quando houvesse precedente, não haveria livre apreciação da constitucionalidade, mas, ao contrário, adstrição ao precedente. Isso resultaria em um modelo cumulado restrito de controle de constitucionalidade, onde os problemas apresentados atinentes a este modelo restariam limitados às hipóteses onde não houvesse precedente. Esta opção geraria menor instabilidade institucional, menor insegurança jurídica e menor insegurança política, se comparada com o controle cumulado irrestrito.

11. De tudo o que exposto, entendemos que a separação das funções de jurisdição e controle e a outorga destas a Poderes distintos (respectivamente jurisdição ordinária e Tribunal Constitucional), mediante a possibilidade de análise de constitucionalidade apenas

de forma *erga omnes* é postulado básico para o atingimento pleno do Estado Democrático de Direito e à promoção da segurança jurídica, da segurança política e da estabilidade institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Volume 113, pp. 633-727. Cambridge: Harvard, 2000.

_____. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Volume 265, pg.(13-23). Rio de Janeiro: FGV, 2014. Título original: *Good Bye, Montesquieu*.

ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Volume II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Brasileira de Direito Público**. Volume 23, pp. 9-23. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**. Número 13, pp. 17-32. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. **A Natureza da Democracia Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. Trad. Rafael de Agapito Serrano.

BREWER CARÍAS, Allan R. La Jurisdicción Constitucional en América Latina. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997.

BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana**. Barcelona: Labor, 1931

- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CAAMAÑO MARTÍNEZ, José. **El Pensamiento Jurídico-Político de Carl Schmitt**. La Coruña: Porto Editores, 1950.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Safe, 1984. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Título original: *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*.
- _____. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Safe, 1993. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Título original: *Giudici Legislatori?*.
- _____. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Volume 20, pp. 261-286. Porto Alegre: Nova Prova Gráfica, 2001.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*.
- CONSTANT, Benjamín. **Curso de Política Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1820.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. **Derecho y Poder: Kelsen y Schmitt Frente a Frente**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Proteção da Confiança e a Teoria da Invalidez dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015a.
- _____. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015b.
- _____. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015c.
- _____. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015d.

- DAHL, Robert A. **La Igualdad Política**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2008. Trad. Liliana Andrade Llanas. Título Original: *On Political Equality*.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.
- DELGADO, Miguel Satrústegui Gil. Acción y Pensamiento Político de John Locke: del Conformismo a la Revolución. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 160, pp. 43-68. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4ª ed. Paris: Boccard, 1923.
- DUVERGER, Maurice. **Os Grandes Sistemas Políticos**. Coimbra: Almedina, 1985. Trad. Fernando Ruivo. Título original: *Les Grands Systèmes Politiques*.
- EDLIN, Douglas E. Judicial Review sem uma Constituição Escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Volume 10, número 1, pp. 3-33. Porto Alegre: UFRGS, 2015. Trad. Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. Título original: *Judicial Review Without a Constitution*.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Trad. J. Baptista Machado. Título original: *Einführung in das Juristische Denken*.
- ESCOBAR FORNOS, Iván. Relaciones y Tensiones de la Justicia Constitucional con Los Poderes del Estado: Crisis Permanente (Democracia, Gobernabilidad y el Tribunal Constitucional). **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 15, pp. 67-138. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997.
- _____. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad. **La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica**. Madrid: Dykinson, 1997.
- _____. Algunas Reflexiones Generales en Torno a los Efectos de las Sentencias de Inconstitucionalidad y a la Relatividad de Ciertas Fórmulas Estereotipadas Vinculadas a Ellas. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 12, pp. 135-198. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRERES COMELLA, Víctor. El Imperio de la Ley y sus Enemigos. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Volume 87, pp. 413-426. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

_____. **Justicia Constitucional y Democracia**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Democracia y el Lugar de la Ley. **El derecho, la Ley y el Juez**, dos Estudios. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Los Fundamentos Constitucionales del Estado. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Número 52, pp. 11-32. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

_____. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 5ª ed. Navarra: Civitas, 2005.

_____. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

GARCÍA PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. 2ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Controle de Constitucionalidade e Jurisdição Strictu Sensu**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2013.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 1998. Trad. Luís Afonso Heck. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

JELLINEK, Georg. **Das Recht der Minoritäten**. Berlin: Vorlag Häring, 1898.

_____. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900.

_____. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. São Paulo: Atlas, 2015. Trad. Emerson Garcia. Título original: *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*. Primeira publicação: 1902.

JENNINGS, W. Ivor. **Governo de Gabinete**. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939.

JHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 2002. Trad. Heder K. Hoffmann. Título original: *Der Zweck im Recht*. Primeira publicação: 1877.

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. El Poder Judicial y La Defensa de la Constitución en Carl Schmitt. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 161, pp. 41-67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

KELSEN, Hans. Essência e Valor da Democracia. **A Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. Trad. Vera Barcow. Título original: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Primeira publicação: 1929.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b. Trad. João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*. Primeira publicação: 1934.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

_____. A Jurisdição Constitucional. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*.

_____. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?. **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31.

_____. O Controle Judicial da Constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). **Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c. Título original: *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. Primeira publicação: 1942.

LAMAS, Felix Adolfo. **La Concordia Política**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1973.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. Trad. José Lamego. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

LASKI, Harold J. **El Estado en la Teoría y en la Práctica**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936. Trad. Vicente Herrero. Título original: *The State in Theory and Practice*.

LINZ, Juan J. STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres.

_____. MILEY, Thomas Jeffrey. Algunas Reflexiones Precautorias y no Ortodoxas Sobre la Democracia Hoy. **Revista de Estudios Políticos**. Volume 166, pp. 19-43. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political Power and the Government Process*. Primeira publicação em 1957.
- LOMBARDI, Giorgio. **Estudio Preliminar: La Querella Schmitt/Kelsen: Consideraciones sobre lo Vivo y lo Muerto en la Gran Polémica sobre la Justicia Constitucional del Siglo XX**. Madrid: Tecnos, 2009.
- MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.
- MALBERG, R. Carré de. **Teoría General Del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- MARTINS COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos. ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Luís Afonso Heck.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIOZZO, Pablo Castro. Fundamentos dos Conceitos de Hermenêutica Jurídica e de Interpretação em Carlos Maximiliano. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Volume 11, número 3, pp. 369-383. Porto Alegre: UFRGS, 2016.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da decisão Judicial. **Revista de Processo**. Volume 206, pp. 61-78. São Paulo: RT, 2012.
- _____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Precedentes: da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto. Las Respuestas Legislativas a las Declaraciones de Inconstitucionalidad como Forma de Diálogo Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Volume 95, pp. 139-168. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedida, 2014.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença Arbitrária. **Revista de Processo**. Volume 204, pp. 33-50. São Paulo: RT, 2012.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de. Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010a. Primeira publicação em 1987.
- _____. Estudios Sobre el Poder Judicial. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010b. Primeira publicação em 1989.
- _____. La Posición del Tribunal Constitucional a Partir de la Doctrina de la Interpretación Constitucional. **Obras Completas**. Oviedo: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010c. Primeira publicação em 1981.
- PALMA, Maria Fernanda. O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Volume 12, pp. 319-332. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- PEREZ ROYO, Javier. **Tribunal Constitucional y División de Poderes**. Madrid: Tecnos, 1988.
- _____. **Curso de Derecho Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O Controle de Constitucionalidade. Direito Americano, Alemão e Brasileiro**. Porto Alegre: Safe, 2012.
- REALE Miguel. A Crise do Normativismo Jurídico e a Exigência de uma Normatividade Concreta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Ano IV, número 1, pp. 23-37. Porto Alegre: UFRGS, 1958.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha (coordenadores). **Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal**. Porto Alegre: Brejo, 2009.
- _____. Ativismo Judicial e Estado de Direito. AMARAL JR., José L. M. do (org.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- _____. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012a.
- _____. **O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.
- _____. A Suprema Corte do Reino Unido: Controle de Constitucionalidade sem Constituição Escrita. **Revista da PGE-RS**. Volume 36, número 76, pp. 9-29. Porto Alegre: PGE-RS, 2015.
- RODOVALHO, Thiago. A Função Institucional das Cortes Superiores. DIDIER JR., Fredier (coord.). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Salvador: Juspodium, 2015.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Du Contrat Social*. Primeira publicação: 1762.
- SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. **Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Madrid: Dykinson, 1997.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Título Original: *Legalität und Legitimität*. Primeira publicação: 1932.
- _____. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Trad. Geraldo de Carvalho. Título Original: *Der Hüter der Verfassung*. Primeira publicação: 1929.
- SILVA, Matheus Teixeira. **A Excepcionalidade Normativa no Processo Decisório**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.
- SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do Poder Moderador**. Recife: Typographia Universal, 1864.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002a. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- _____. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b.
- _____. **Consenso e Tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002c.
- _____. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002d.
- _____. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de licenciatura junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003.

- _____. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Número 3, pp. 7-18. Porto Alegre: UFRGS, 2005.
- _____. Regimes Políticos. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como Poder**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- TORRES DEL MORAL, Antonio. **Estado de Derecho y Democracia de Partidos**. 2ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 2004.
- TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962.
- URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- VASCONCELLOS, Zacharias de Góes e. **Natureza e Limites do Poder Moderador**. Rio de Janeiro: Typographia Universal Delaemmert, 1862.
- WEBER, Max. **Economia y Sociedad, Esbozo de Sociología Comprensiva**. 2ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. José Medina Echavarría. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*. Primeira publicação: 1922.
- ZAFRA VALVERDE, Jose. **Poder y Poderes**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.
- ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Juspuidium, 2015.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. Trad. António Cabral de Moncada. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1969.