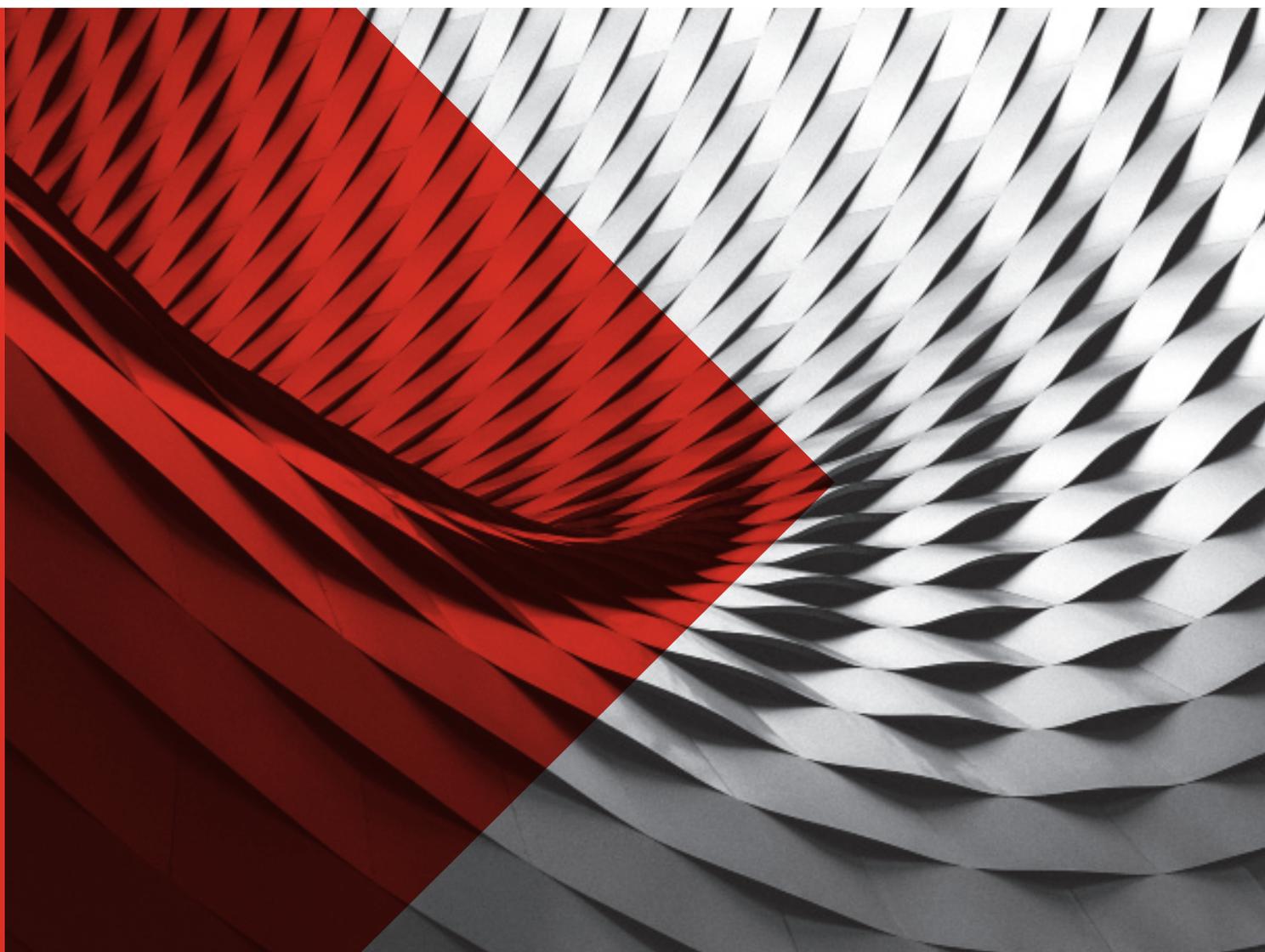


# A REVOLUÇÃO COPERNICANA DO CONSTITUCIONALISMO

---

GLÓRIA HELOIZA LIMA DA SILVA



**FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
DOUTORAMENTO EM DIREITO-CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS  
DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**



**Tema expositivo do Relatório final  
A revolução Copernicana do Constitucionalismo**

**Doutoranda: Glória Heloiza Lima da Silva**

**Professor Doutor: Jorge Miranda**

**Ano 2007/2008**

<b>CONVENÇÕES</b>	<b>6</b>
<b>RESUMO</b>	<b>7</b>
<b>ABREVIATURAS</b>	<b>8</b>
<b>I-INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
1.1. Apresentação do tema	Error! Bookmark not defined.
1.2. Razão da escolha do tema	10
1.3. Metodologia e Sistemática	11
1.4. O Constitucionalismo moderno	12
<b>II- O REDIMENSIONAMENTO DA CONSTITUIÇÃO APÓS O ADVENTO DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL</b>	<b>15</b>
<b>III- TEORIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO</b>	<b>19</b>
<b>IV- DA SUPREMACIA DA LEI E DO PARLAMENTO</b>	<b>30</b>
4.1 O princípio do primado da lei ordinária e sua evolução histórica	30
4.2 O référé legislativo e o crítico controle judicial da constitucionalidade das leis- abordagem genérica contemporânea	38
4.3. Da Criação de um controle e Justiça especial para o Parlamento	47
4.4. Da perda da Imunidade Parlamentar pelo Controle da Constitucionalidade na Europa	48
<b>V-O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS TRASFORMAÇÕES CONTEMPORANEAS</b>	<b>52</b>
5.1. Aspecto histórico	52
5.2 Aspecto filosófico	53
5.3. Aspecto teórico	54
<b>VI-DO PRIMADO DA CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA</b>	<b>55</b>
6.1. Panorama geral e histórico	55
6.2. A reconstitucionalização e mutação de Status da Constituição ao longo do século XX	60
<b>VII- A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>61</b>
7.1. Jurisdição Constitucional. Conceito e função	61
7.2. A expansão da Jurisdição Constitucional e sua evolução histórica	62
7.3. O papel do Judiciário diante do novo paradigma do Estado Democrático	63
7.4. A nova Hermenêutica Constitucional e a Filtragem do Direito	64
<b>VIII- CONCLUSÃO</b>	<b>71</b>
<b>IX- BIBLIOGRAFIA</b>	<b>75</b>
<b>X-ANEXO</b>	<b>70</b>

## CONVENÇÕES

Todas as demais disposições legais serão citadas indicando-se a fonte respectiva por meio de abreviatura ou pela sua referência completa.

Quanto a primeira citação em nota de rodapé far-se-á a indicação bibliográfica completa, indicando-se a página em questão, todavia, quanto as referências subseqüentes dar-se-á uma informação abreviada, de modo que, seja identificado facilmente o autor e sua obra, exceto quanto a obra não constante da Bibliografia final.

Na Bibliografia final, as monografias serão citadas com a indicação do autor, título, volume, edição, editora, local e data da edição. Na citação de artigo de revista, além desses elementos far-se-á, referência ao número do periódico.

No que diz respeito à jurisprudência será citada em rodapé com a identificação do Tribunal, do número do processo e da data.

As cidades serão designadas pelo seu nome em português, quando existir. Não serão inclusas na Bibliografia obras citadas colateralmente.

Sempre que nada conste em contrário, as traduções serão da nossa inteira responsabilidade.

## RESUMO

O Constitucionalismo moderno é a ordem do dia nas doutrinas nacionais e estrangeiras, pois a afirmação de que a Constituição tem valor como norma provida de força normativa, exprime, hodiernamente, o pensamento produzido a partir de uma sucessão de inteligências de passos registrados ao longo dos séculos na Europa Continental, assim como, em parte da América, fruto da nova oxigenação de pensamentos que orientam a maioria das Cartas Políticas dos países democráticos cujo lema tende a priorizar a observância do princípio da “dignidade da *pessoa humana*”, além da “afirmação dos direitos humanos” que dele decorrem.

O estudo do neo-constitucionalismo exprime a mudança de paradigma existente no relacionamento entre a lei e a constituição antes e depois de 1945, a partir da verificação de aspectos históricos, filosóficos e jurídicos que acabaram por traduzir uma verdadeira *revolução copernicana* de ideologias constitucionais, que por sua vez, passou a sustentar a queda do primado do Legislativo - lei ordinária- em relação à Carta Magna que passou a gozar de verdadeira Supremacia dentro do ordenamento jurídico positivo, desenvolvendo o Judiciário uma importante missão ao reestruturar uma nova hermenêutica e filtragem constitucional a fim de atender as exigências e anseios do Estado Democrático de Direito e da sociedade.

Palavras chaves: Constitucionalismo moderno. Revolução copernicana do Constitucionalismo. Ontem Supremacia do Parlamento. Hoje Primado da Constituição devido a sua eficácia normativa. O redimensionamento da Jurisdição Constitucional e a necessidade de uma reformulação consistente na Hermenêutica coadjuvada pela Filtragem do Constitucionalismo do Direito.

## ABREVIATURAS

# I-INTRODUÇÃO

## 1.1. Apresentação do tema

Nos dias atuais, detectamos uma notória crise que assola e afeta a crença social da função jurisdicional, derivada, por óbvio, da falta da correta concepção acerca da normatividade da Constituição.

Ora a conformação do Estado Democrático de Direito e Estado Social prespasa, essencialmente, pela concepção revitalizada e reconstruída do Direito Social sendo de grande valia à efetivação das normas constitucionais com o fito de viabilizar o florescimento e amadurecimento da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da construção de uma sociedade mais livre, justa, igualitária e equilibrada com valores éticos, morais e jurídicos que priorizem o ser humano como “*pessoa*” com a contribuição das máximas da razoabilidade, preponderância dos interesses e proporcionalidade dos bens jurídicos sempre que eles estiverem conflitando aparentemente ou não.

Nessa linha de raciocínio é importante entender a importância das Constituições e sua respectiva força normativa na vida política e jurídica dos Estados Democráticos de Direito, bem como, compreender que, para garantir a sobrevivência das sociedades democráticas, é vital que as disposições constitucionais sejam efetivamente cumpridas, devendo a própria constituição fornecer meios a sociedade de se exigir o cumprimento dos seus preceitos, sejam eles expressos ou implícitos.

Assim, o presente estudo pretende abordar de uma forma reflexiva e histórica a problemática passada e ainda existente acerca da eficácia normativa das normas constitucionais, principalmente nos períodos que antecederam 1945 e após o Advento da Segunda Guerra Mundial, devido a grande mutação ocorrida com o constitucionalismo após a queda dos Estados Absolutistas, final do Estado Liberal e início do Estado Democrático hodiernamente instalado na sua maioria do mundo.

Deve-se, no entanto, levar em conta, o fato de que até hoje não foi possível uma construção uníssona, constituindo grande preocupação a conquista de uma fórmula eficiente e capaz de viabilizar a exata compreensão do constitucionalismo moderno, a fim de evitar a instabilidade jurídica e social, pois é certo que a aplicabilidade e efetividade das normas presentes numa Constituição geram a maior ou menor possibilidade de efetivação dos direitos de cidadania num Estado Democrático de Direito, principalmente porque há uma divisão

básica no tratamento conferido pelos Tribunais quanto às normas constitucionais, muitas das vezes, influenciados pela equivocada compreensão quanto ao conceito, função e objetivo da Constituição e, outras vezes, pela ultrapassada concepção do conhecido princípio da Separação dos Poderes construído inicialmente por John Loocke e posteriormente aprimorado por Montesquieu, até porque, na atualidade, não é mais novidade, que no constitucionalismo do novo milênio, o citado princípio, sofreu consideráveis evoluções que continuam justificando sua aplicação, porém, de maneira moderada e equilibrada, não só pelo reconhecimento quanto a independência dos poderes instituídos, mas sobretudo, porque, se acredita e se exige que os mesmos ao exercerem suas respectivas funções, devem fazê-lo com total harmonia sem perder de vista a normatividade da Constituição.

Tanto o é que, não raras às vezes, é comum observarmos, que muitas das vezes, o resultado do julgamento de certos casos constitucionais, depende da técnica de hermenêutica prevalente, ou da qualidade e eficácia da norma invocada segundo uma classificação que leva em conta a linguagem do texto respectivo. Vale dizer, se a norma constitucional em questão é provida de efetividade preponderante sobre as demais que com ela estejam conflitando e quais as suas conseqüências.

Em suma, registro, que não se pode olvidar que o Constitucionalismo nos últimos séculos deu um grande salto, gerando uma *revolução copernicana*, pois como disse Paulo Bonavides, “*Ontem os Códigos, hoje as Constituições*”, o que significa dizer, que hoje o centro de gravitação das normas jurídicas passou a ser a Constituição de modo que as demais, ou atos normativos passaram a girar em torno dela, fato que no passado não ocorria, gerando grandes atrocidades que maculavam, fulminavam os direitos e garantias fundamentais do homem.

E é justamente através da reflexão e do aprimoramento do novo constitucionalismo que vamos conseguir evitar os erros de um triste passado, que não obstante, no mínimo, serviram de memorial para a construção de um fortalecimento em busca de novos caminhos comprometidos com o desenvolvimento de um novo constitucionalismo que assuma realmente o seu fiel papel social.

## **1.2. Razão da escolha do tema**

A atuação, inicialmente, como operadora do Direito na qualidade de advogada e professora e, posteriormente, junto ao Poder Judiciário, no exercício da magistratura, neste caso, após mais de 12 anos de labuta, fez perceber o câmbio de paradigma ocorrido entre os

séculos, XIX, XX e XXI decorrente de diversos movimentos políticos fundado na democracia, no Estado de Direito, na dignidade da pessoa humana e na revitalização dos direitos fundamentais, decorrentes da condenação das atrocidades ocorridas no passado que traduziram vergonhosamente a negação dos direitos humanos e fundamentais da “pessoa” humana despertou especial atenção para o tema.

Nesse sentido, dado o atual momento político e social de euforia, vale dizer, de uma sociedade mais exigente e consciente de seus direitos e deveres, aliado ao que outrora se vivia, isto é, de um tempo desconfiança e instabilidade social, percebi que o estudo da nova perspectiva no âmbito do constitucionalismo moderno, nos permitirá uma nova visão mais consciente da exata função e efetividade da Constituição frente aos demais atos normativos e leis infraconstitucionais, diante do seu relacionamento, por exemplo, com a lei ordinária, posto que, é inegável que através da função jurisdicional, ou seja, da sentença, é possível viabilizar a reeducação social, até porque o operador do direito é sem dúvida um grande agente de mutação social.

Por tais razões e conseqüentemente, pela evolução do Constitucionalismo e suas conseqüências no mundo globalizado, visivelmente percebido nas doutrinas nacionais e estrangeiras, fato, evidentemente florescido e frutificado através dos primeiros passos no Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, logo nos primeiros seminários, pois a exemplo de muitas outras, a prestação jurisdicional Portucalense, necessariamente sofreu nas últimas Reformas Constitucionais profundas modificações, que agregadas aos influxos políticos e econômicos resultaram melhorias consideráveis dada a nova expansão da hermenêutica e jurisdição Constitucional, todas necessárias a concretização dessa nova realidade, que em síntese, preconiza a efetividade da norma constitucional nos termos do artigo 18.º, n.1. c/c artigo 277.º, n. 1º e artigo 280.º, n.º 1, todos da CRP, foi efetivada a escolha do tema.

### **1.3. Metodologia e Sistemática**

A metodologia adotada teve em vista o objetivo acima delineado, pelo que se tentou esboçar com clareza o câmbio do constitucionalismo a partir do relacionamento travado entre a Lei Ordinária e a Constituição antes e depois de 1945, fato que contou com o contributo histórico, político e social, necessários a mudança de paradigma do princípio da

Supremacia do Parlamento para o princípio da Supremacia da Constituição diante de sua cristalina força normativa exigida nos dias atuais.

Após as notas introdutórias, na primeira parte de nossa investigação, procuramos delinear a importância do tema e a razão de sua escolha, passando em seguida, devido a questões didáticas, pelo redimensionamento da Constituição após o advento da Grande Segunda Guerra Mundial e a Teorização da Carta Política e Magna dos países.

Abordou-se, ainda, num segundo momento, a Supremacia do Parlamento e da Lei, por volta de 1945, nos levando a esclarecer o princípio do Primado da Lei Ordinária, assim como, o instituto do *Référé* Legislatif em contraposição ao controle judicial da constitucionalidade das leis, além da criação, na época, de uma espécie de controle especial para o Parlamento.

Já num terceiro plano, destinamos a concentração do trabalho no Neo-constitucionalismo e suas transformações contemporâneas, ressaltando, a evolução do tema a partir do seu marco histórico, filosófico e teórico.

No quarto momento, a atenção objetivou-se a detalhar o conceito do Primado da Constituição e sua força normativa nos dias atuais, observando superficialmente as questões inerentes à necessidade de implantação de um controle e fiscalização da constitucionalidade das leis como forma de expurgar do ordenamento jurídico a lei írrita e inconstitucional, esteja ela formal ou materialmente eivada, assim como, a celeuma acerca da viabilidade ou não da desobediência dos cidadãos quanto às normas inconstitucionais sem o crivo do Poder Judiciário.

Finalmente, a investigação procurou enfatizar o novo papel do Judiciário diante do novo paradigma do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo moderno, observando, inclusive, a importância da adoção de uma Hermenêutica revitalizada coadjuvada pela filtragem constitucional face ao novo Direito Constitucional.

Na conclusão, procurou-se sintetizar nosso pensamento pessoal.

#### **1.4. O Constitucionalismo moderno-Considerações breves**

Como é de comum sabença, as Constituições dos países expressam a conjuntura política, econômica e social de cada sociedade.

A conformação do Estado Democrático de Direito e Estado Social, trespassa, essencialmente, pela concepção revitalizada e reconstruída do Direito Social sendo de grande

importância à concepção do constitucionalismo moderno que por sua vez fez resplandecer a força normativa da Constituição dando ensejo a uma política de efetivação das normas constitucionais com o fito de viabilizar o florescimento e amadurecimento da cidadania.

Nessa linha de raciocínio é importante entender que o constitucionalismo do século XIX, final do século XX e início do século XXI, passou e ainda passa, por uma verdadeira evolução, enquanto procura empreender a supremacia das Cartas políticas dos Estados Democráticos de Direito, com o fim de garantir a sobrevivência das sociedades.

Para tal, torna-se vital, que suas disposições constitucionais sejam efetivamente observadas e cumpridas pelos poderes instituídos, quer seja, diretamente, ou quando não, através dos meios legais colocados a disposição dos cidadãos que poderão exigir o fiel cumprimento dos seus preceitos.

Resta indiscutível que o Direito Constitucional ainda não assumiu o papel de destaque que merece perante o ensino jurídico e prática dos foros e tribunais ante a mutação ocorrida ao longo dos tempos dos postulados clássicos do constitucionalismo, levando-se em conta, no entanto, que apesar dos avanços e retrocessos, até hoje, não encontramos uma construção uníssona, eis que, seus primados ainda se encontram afastados da realidade diante da complexidade da sociedade contemporânea até porque o Estado deficiente não conseguiu, a toda evidência, absorver todos os mecanismos que estão a sua disposição, dentre eles, a hermenêutica e a jurisdição constitucional, para atender às diversas demandas sociais, de modo a realizar as expectativas de seus “súditos” que desejam ser regulados por uma norma fundamental que exprima muito mais do que um simples texto escrito, isto é, que seja totalmente eficaz e vivificada a cada dia, tornando-se real e consolidada em determinado período histórico.

Não se pode olvidar, todavia, que dadas às incertezas e errôneas conclusões acerca da força normativa da constituição e do seu próprio significado, tal fato tem gerado uma preocupação na mente dos operadores do Direito em se conseguir uma fórmula eficiente e capaz de viabilizar a sua exata compreensão a fim de evitar uma instabilidade jurídica e social, pois é certo que a aplicabilidade e efetividade das normas presentes numa Constituição geram a maior ou menor possibilidade de concretização dos direitos de cidadania, como já comentamos anteriormente.

Ora, navegamos no rio do tempo, em que cada minuto não volta atrás. Portanto, não é crível que num mundo globalizado onde a europeização toma o seu lugar no cenário mundial, que o neo-constitucionalismo não avance em passos largos rumo à concretização dos

direitos, garantias e liberdades da pessoa humana deixando de lado o ranço do puro positivismo e das influências clássicas de origem francesa e germânica.

Como observou Lênio Luiz Streck estamos “acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualistas, e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos, onde os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo, para o “Mundo Novo”. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora...”.

Friso, que nos ensinamentos do grande constitucionalista lusitano Professor Jorge Miranda, o Constitucionalismo moderno passou por uma verdadeira revolução copernicana<sup>1</sup>, posto que, se se verificou no câmbio dos dois últimos séculos a “passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma fase em que se aplicavam ou são susceptíveis de aplicar diretamente nas situações da vida.”

Vale dizer, para ele, o novo constitucionalismo superou o positivismo viabilizando uma verdadeira *revolução copernicana* que resultou não somente das mudanças do regime político adotado ou da concepção da constituição, como também, do surgimento da Justiça Constitucional, sem a qual, de nada adiantaria.

Com a revolução foi estabelecida a premissa a de que a lei não tem mais aquela proeminência incontestável, que outrora possuía, e que hoje passou a ser concedido à Constituição, ou seja, o centro de gravitação do ordenamento jurídico foi confiado à Carta Magna, devendo os demais atos normativos, girarem em torno dela, dentre eles, a lei ordinária.

---

<sup>1</sup> Em 1543, Nicolau Copérnico propôs-se aumentar a exatidão e a simplicidade da teoria astronômica, transferindo para o Sol muitas funções astronômicas anteriormente atribuídas a Terra, com os seus escritos que consubstanciaram o denominado *De Revolutionibus*. Antes da sua proposta, a Terra fora o centro fixo sobre o qual os astrônomos calculavam os movimentos das estrelas e dos planetas. Um século mais tarde, o Sol tinha, pelo menos na astronomia, substituído a Terra como centro das trajetórias planetárias, e a Terra perdera a sua posição astronômica única, passando a ser um dos muitos planetas móveis. A Revolução Copernicana consistiu numa revolução de idéias, numa transformação do conceito que o homem tinha do universo e da sua relação com ele. Por diversas vezes se afirmou que este episódio da história do Renascimento constituía uma viragem, à época, no desenvolvimento intelectual do homem ocidental. Devido à sua pluralidade, ela oferece uma oportunidade ideal para descobrir como, e com que efeito, os conceitos de campos muito distantes se entrelaçam numa única linha de pensamento. Daí porque ela também foi parte de uma transição na escala dos valores do homem ocidental e das ciências (Kuhn, Thomas, A revolução copernicana, edições 70). Com efeito, vamos observar que Kant considerava que seu pensamento dá origem a uma revolução copernicana, pois a partir dele, com o idealismo o objeto passa a gravitar à volta do sujeito, como a terra à volta do sol, ao contrário do realismo, onde, conhecer significava que o sujeito gravitava à volta do objeto. Por outro lado, no que diz respeito ao constitucionalismo do novo século, observamos que a revolução copernicana significou a passagem da outrora noção de que a lei era o centro de gravidade em relação aos demais atos normativos, para a nova concepção de que é a Constituição que deve ocupar a posição da lei, isto é, passou ela a ser o centro de gravidade, onde a lei e os demais atos normativos obrigatoriamente giram em torno dela.

Portanto, o novo constitucionalismo vive uma nova mudança de paradigma, que questiona e retira o cetro que ostentava a lei, transferindo-o à Constituição, donde nos permite ressaltar pela segunda vez, a pertinente a observação de Paulo Bonavides, no sentido de que: *“Ontem, os códigos hoje, as Constituições”*.

## **II- O REDIMENSIONAMENTO DA CONSTITUIÇÃO APÓS O ADVENTO DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**

Um dos pontos centrais da teoria do direito constitucional moderno e da própria crise da constituição neste início de século consiste na concepção adequada da constituição. Vale dizer, se ela deve ser adotada pela doutrina e tribunais como uma ordem fundamental com força normativa.

Conforme já se disse a constituição como ordem jurídica fundamental é uma idéia cara aos juristas<sup>2</sup>

Nesse sentido, já afirmou Kāgi que a Constituição como ordenamento normativo legal, está relacionada com uma ordem de valores fundamentais da sociedade e assim “a norma estável é a expressão de um valor fundamental duradouro”.

Do mesmo modo, Garcia de Enterría, afirmou que a constituição teria não somente uma “superlegalidade formal”, mas também uma “superlegalidade material”.

Muito divulgada entre nós foi ao que pareceu a concepção de constituição dirigente do “primeiro” Canotilho, que manteve seguidores mesmo após a revisão da tese pelo constitucionalismo português.

Eros Grau, em 2002, escreveu “a Constituição do Brasil não é um mero instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, mas além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade, portanto, não é tão-somente um estatuto jurídico e político, mas sim um plano global normativo da sociedade, e, por isso, mesmo do Estado brasileiro” (Canotilho e a constituição dirigente, 2003).

Não obstante, depreende-se que outros escritores como Bochenförde e Forsthoff defenderam um maior âmbito de trabalho pelo legislador, ou seja, um espaço maior para ele, assim como, para o administrador na ordem jurídica.

---

<sup>2</sup> Kāgi defendia que a constituição deveria ter caráter normativo e duradouro, rechaçando o seu contínuo “cambio”. (A constituição como ordenamento fundamental, ..., 1945).

Através de sua obra, escrita durante a II Guerra Mundial, denominada de Tratado de direito administrativo, Forsthoff viu a Constituição como um documento estático, permanente, enquanto administração, ao contrário disso, consistia numa atividade com movimento, pois, segundo ele, a matéria de que é feita a administração é muito mais dúctil do que a da Constituição.

Afirma ele, ainda, que “uma constituição não é uma lei social; ela se dirige à coletividade”, sendo “função do legislador concretizar a norma constitucional de tal modo que a sua execução seja possível com a aplicação mesma da lei assim elaborada”

Semelhante crítica é feita por Bockenförde (Origem e câmbio do estado de direito, 1991), para quem a liberdade e a autonomia individuais estariam submetidas ao domínio daqueles que exercem o monopólio da interpretação das normas constitucionais, caso a constituição fosse considerada uma ordem fundamental de valores vinculantes de toda a ordem jurídica.

Assim, questionou ele, “não se abriria então a porta para um totalitarismo constitucional?”

Ocorre que embora sejam válidas as preocupações de Bockenförde, o fato é que as constituições pós- 1945, e especialmente a constituição brasileira contêm um amplo leque de disposições a respeito da administração e da regulamentação da vida pública e privada, invadindo espaços classicamente pertencentes ao legislador e ao administrador, bem como atribuindo extensas competências ao judiciário, as quais vêm sendo gradativamente expandidas nas últimas reformas constitucionais.

O novo constitucionalismo, como acentua, Zagrebelsky (II dirittomite..., 1992) surgido no pós guerra tornou necessária a concordância da antiga face do Direito- as regras jurídicas colocadas à disposição do legislador- com a outra face- a dos princípios contidos na Constituição.

Com isso, alterou-se o papel da legislação e da jurisdição na determinação do Direito, deixando de haver entre ambas uma relação de hierarquia, pois o Estado legislador, que durante um século foi considerado, na tradição européia, o depositário exclusivo de todo o poder de determinação do direito, viu seu papel se redimensionar de “senhor do Direito” para apenas “senhor da Lei”.

Observando, ainda, Luis Pietro Sanchis (Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2000), a idéia de princípios e o método de ponderação que aparecem indissociavelmente unidos “representam um risco para a democracia e para a supremacia do legislador, e, com isso, para a regra da maioria que é o fundamento da democracia.”

Este, porém, segundo o próprio Sanchis, é um “risco inevitável,” quando se quer manter uma versão “forte” de constitucionalismo, onde a própria Constituição estabelece diretamente alguns direitos e não simplesmente define “a regra do jogo”.

Mas é importante ressaltar que, longe de atribuir um caráter absoluto à constituição, pois, Zagrebelsky, prega a coexistência de valores e princípios, sobre os quais a Constituição deve se orientar para se manter compatível com a base material pluralística que lhe dá fundamentos.

Na “mitezza” constitucional, Zagrebelsky, defende a coexistência do jurídico e do político na constituição, o que não deixa de ser uma idéia de ordem marco, até porque, ele já afirmou “à Lei deve reconhecer um valor em si mesma”, com independência de seus conteúdos e vínculos de derivação a partir dos preceitos constitucionais.

O reconhecimento da legislação como função originária, segundo ele, depende que a constituição não seja concebida como um sistema fechado, mas sim como um contexto aberto de elementos cuja concretização, dentro de certos limites, seja deixada ao legislador.

Na mesma linha de raciocínio, Alexy, (Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales, 2002) defende um modelo intermediário entre a ordem fundamental de Kāgi e a ordem marco de cunho liberal de Bochenförde e Forsthoff.

Para Alexy, a disjuntiva entre o Estado jurisdicional e o Estado de legislação tem paralelo com duas distintas concepções de Constituição, já que pode ser vista como, uma ordem fundamental, considerado todos os princípios jurídicos e possibilidades de configuração da ordem jurídica.

Assim, ela é uma espécie de “ovo jurídico originário”, conforme descreveu Forsthoff, onde o legislativo, digo, legislador, estaria limitado somente a declarar- sob o controle do judiciário- o que já fora decidido pela Constituição.

Esta concepção de constituição certamente não seria compatível com o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes.

No entanto, sabemos que a constituição também pode ser vista como uma ordem marco, em que existe um espaço no qual o legislador não está obrigado a agir nem proibido de agir, contendo, portanto, um espaço em que o legislador tem permissão para atuar ou para se omitir, ou seja, um espaço de discricionariedade.

Desse modo, a metáfora do marco, conforme Alexy pode ser precisada do seguinte modo: “o marco é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido é o que se encontra no interior do marco”.

Alexy, enfim, propõe a compatibilização das idéias de ordem fundamental e marco, distinguindo duas idéias de ordem fundamental: quantitativa e qualitativa. Na concepção de ordem fundamental quantitativa, a constituição não estabelece posições discricionárias, ou seja, para tudo prevê um mandado ou uma proibição.

Diferentemente ocorre na concepção qualitativa de ordem fundamental, pois a constituição procura resolver os problemas fundamentais da sociedade que podem e devem ser solucionadas pela constituição.

Esta última concepção segundo Alexy é compatível com a idéia de ordem marco.

Essa também é a leitura do último Canotilho (Direito constitucional..., 2001) que busca harmonizar a idéia da constituição como fundamento do ordenamento jurídico (Kägi) com uma leitura mais pluralística, caracterizando a uma constituição como ordem-quadro: "para ser uma ordem aberta a constituição terá de ser também uma ordem-quadro, uma ordem fundamental e não um código constitucional exaustivamente regulador.

Com efeito, penso que somente assim, corroborada com uma nova concepção de interpretação constitucional responsável, coerente e harmônica quanto ao exato sentido da Constituição e de suas as normas constitucionais, poderemos minimizar os inúmeros conflitos aparentes ou não oriundos das normas existentes no sistema positivo face não só a complexidade das relações jurídicas como a própria insatisfação do ser humano que se poderá viabilizar a segurança jurídica e a estabilidade social que todos reclamam.

### III- TEORIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Como sabemos o constitucionalismo moderno tem buscado incessantemente um modelo que confira ao homem em sua total plenitude o seu bem-estar, sem esquecer por óbvio os interesses comuns da coletividade, levando em conta, em qualquer caso, a observância dos valores e princípios que se encontram no texto constitucional das Cartas Democráticas mundiais e que por isso mesmo, devem possuir a mesma força normativa, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, da ponderação e preponderância dos bens jurídicos, da razoabilidade, da proporcionalidade e eficiência, dentre outros.

Assim, podemos dizer que ao longo dos tempos, muitas teorias de suma importância foram criadas em torno do conceito da Constituição, sendo certo que muitas delas avançaram já que até hoje em dia são largamente utilizadas pelos constitucionalistas na busca de seu real significado.

Conforme Maurizio Fioravanti, as Constituições do século XX são políticas e não apenas estatais, assumindo, portanto, conteúdo político porque englobam os princípios de legitimação do poder.

Vale dizer, o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a "ordem jurídica fundamental da comunidade", ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade.

Por sua vez a política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. O grande protagonista das concepções, consubstanciadas com a Teoria da Constituição, segundo Fioravanti, é o partido político, intermediário entre o Estado e a sociedade, englobados agora pela Constituição.

O seu caráter dinâmico (não garante apenas uma ordem estática), "politiza" o conceito de Constituição, que não se limita mais a sua normatividade.

Esta concepção, elaborada, como vimos por autores como Schmitt e Smend, dá origem à Teoria Material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais (ou programáticas) do pós-guerra. A Teoria Material da Constituição permite compreender, a partir do conjunto total de suas condições.

Quanto às funções da Constituição, verificamos que podem ser sintetizadas, segundo Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão

social (configuração social das condições de vida) de tal sorte que estão interligadas, condicionando-se mutuamente.

Portanto, o significado da Constituição, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito e nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada.

Ora a Constituição só pode ser plenamente compreendida em sua totalidade. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político.

O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade. No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade.

A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto, pois as leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo, estabelecendo competências, preocupando-se com o procedimento e não com o conteúdo das decisões em si, tudo com o objetivo de criar uma ordem estável.

Subjacente a essa tese da Constituição como mero "instrumento de governo" está o liberalismo e sua concepção da separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas.

Em contraposição a essas concepções, destaca-se, especialmente no debate constitucional brasileiro, a proposta de Constituição Dirigente do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Esta proposta busca a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social.

Para Canotilho, como todas as Constituições pretendem, de uma forma ou outra, conformar o político, com a denominação "Constituição Dirigente" afirma-se intencionalmente a força de direção do direito constitucional.

A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.

O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.

Tendo em vista essa concepção de Constituição, Canotilho vai ter como preocupações centrais no seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador e a questão da discricionariedade legislativa.

Em suma, o debate sobre o eventual "excesso de poder legislativo" em virtude da possibilidade dos fins constitucionais serem menosprezados ou até substituídos.

De acordo com sua proposta, a concretização das "imposições constitucionais" (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação, como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição.

Assim a questão das "imposições constitucionais" não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição.

Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao rejeitar deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição.

Apesar das críticas de Canotilho ao papel dos tribunais constitucionais na concretização da Constituição Dirigente, a observação histórica dá razão a Böckenförde, que afirmou que a Constituição Dirigente, ao conter todos os princípios e possibilidades de conformação do ordenamento, favoreceria o crescimento do papel político do tribunal constitucional, que se autoconverteria em "senhor da Constituição".

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.

No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é

o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.

Essa visão, talvez, cause a principal falha, a nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria "auto-suficiente" da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.

E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer na expressão de Boaventura de Sousa Santos a manutenção da "Constituição sem Estado"

A Teoria da Constituição Dirigente, como vimos, consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política. Ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da Constituição Dirigente, aliada ao momento histórico da "globalização", facilitou, por mais paradoxal que possa ser, a "dessubstancialização" da Constituição.

Com a "globalização", a redução dos espaços políticos faz com que o único elemento clarificador do horizonte político, segundo Pedro de Vega García, seja a Constituição. Torna-se corrente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal-democrática, reforçando a normatividade dos direitos, sob a perspectiva do homem como indivíduo e entendendo a Constituição e a democracia como estruturas processuais, ou seja, busca-se uma legitimidade meramente processual. O problema é a ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade, reduzido, com o auxílio das teorias processuais da Constituição, que levam em conta apenas o seu aspecto normativo, não político, a um simples procedimento de escolha de governantes.

Ao contrário do que possa parecer, essas teorias processuais da Constituição não são novas. Em 1968, por exemplo, ao criticar as teorias materiais da Constituição por "sobrecarregarem" a Constituição e transformarem-na em uma espécie de "livro dos livros", Wilhelm Hennis propôs que, para evitar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional, a Teoria da Constituição deveria levar em conta a particularidade normativa da

Constituição. Para tanto, seguindo o modelo norte-americano, a Constituição deveria ser entendida como um instrumento de governo, com uma Teoria Processual da Constituição.

Mais recentemente, no caso norte-americano, John Hart Ely entende que a Constituição não garante direitos substantivos, mas impede que a maioria não tenha seus direitos ameaçados, nem ameace os da minoria. Para tanto, a Constituição não contém uma ideologia de governo, simplesmente garante o processo governamental.

Parte das concepções das teorias processuais da Constituição está ligada à idéia de legitimação pelo procedimento, elaborada por Niklas Luhmann. A preocupação de Luhmann é a de esclarecer os mecanismos que dotam uma decisão de força vinculativa, possibilitando sua assimilação e aceitação por todos os atingidos, estejam eles satisfeitos ou não.

Para a legitimação pelo procedimento, pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente, pois, nas sociedades complexas, a natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões.

Os procedimentos, como as eleições, o processo legislativo e o processo judicial, são, para Luhmann, a melhor maneira de garantir decisões vinculativas, além de reduzir as complexidades sociais. Ao submeterem-se às regras e necessidades do sistema processual, todos os envolvidos são obrigados a aceitar a decisão final, mesmo contrariados, pois eles próprios participaram do procedimento. A legitimidade pelo procedimento é uma legitimidade institucional, não proveniente de derivações valorativas.

A representação política, por exemplo, passa a ser vista como um conjunto de ações que confere legitimidade ao poder. A eleição popular cria uma identificação simbólica entre representado e representante, gerando um mínimo de consenso e tornando esse consenso independente da situação concreta em que ele é obtido. Desta maneira, o representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi. O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado. O poder representativo se legitima não porque expressa um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos representados.

Em suma, para Luhmann, cada sistema se legitima por si mesmo, ao fixar os procedimentos decisórios em seu direito positivo. O conteúdo do ordenamento jurídico não é relevante para a legitimidade, basta, apenas, a sua validade.

As teorias processuais, em sua quase totalidade, consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Georges Burdeau alega que, apenas com a fixação de procedimentos para as forças políticas,

consegue-se evitar a relativização das normas constitucionais. Para ele, a Constituição deve ter um caráter de fluidez, sob pena de ser dissolvida na realidade.

A Constituição rica em disposições relativas à filosofia de um regime é, também, cheia de elementos diversos e contraditórios. A Constituição não é uma ordem para o futuro, mas uma ordem de equilíbrio, essencialmente estática.

Por esses motivos, estaríamos vivendo a decadência da noção de Constituição, que não controlaria mais a vida política. As Constituições continuam a ser redigidas, mas como mera "survivance".

Dessa maneira, para essas teorias, a Constituição deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade.

A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo.

A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não propriamente com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável dentro da complexidade da sociedade contemporânea.

A materialização do Direito Constitucional, evidenciada com a concepção dos direitos fundamentais também como valores, trouxe, para Estévez Araujo, a questão da legitimidade do juiz constitucional. Este seria o déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição.

A solução, para esse autor, seria a procedimentalização da Constituição. Ao conceber a Constituição como processo, Estévez Araujo propõe que seu conteúdo seja, essencialmente, prever procedimentos que estabelecem os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas.

Estévez Araújo, portanto, atribui à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, neste sentido, ele tem razão. Afinal, uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos.

No entanto, uma contribuição fundamental das teorias procedimentais da Constituição é a de que a Constituição possui também, e não exclusivamente, como querem alguns autores, a natureza de uma lei processual para a realização de seus princípios. O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a

Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização.

O interesse pelas teorias procedimentais, todavia, deve despertar cautela. As teorias procedimentais, segundo Robert Alexy, caracterizam-se pela plasticidade, ou seja, nelas cabe tudo. Embora se deva reconhecer a importância do procedimento na concretização constitucional, a adoção de uma teoria procedimental não será a solução para todos os problemas constitucionais.

As teorias procedimentais da Constituição também costumam ser apresentadas como estratégia de desjuridificação.

A desjuridificação, nos países centrais, é entendida como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando, para seus defensores, o espaço da cidadania. A Constituição, dessa maneira, não poderia mais pretender regular as sociedades complexas da atualidade. Deve limitar-se, portanto, a fixar a estrutura básica do Estado, os procedimentos governamentais e os princípios relevantes para a comunidade política, como os direitos e liberdades fundamentais.

Os adeptos dessas teorias entre nós esquecem-se de que a desjuridificação, no Brasil, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos. Como muito bem afirmou Marcelo Neves, o nosso problema não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional. Aqui, a desjuridificação, bem como a desconstitucionalização, favorece a manutenção dos privilégios e desigualdades. A desjuridificação, no Brasil, não ampliaria o espaço da cidadania, pois, enquanto a Constituição não é concretizada, segundo Marcelo Neves, não há nem um espaço da cidadania.

A questão da normatividade da Constituição tornou-se crucial para a Teoria da Constituição, não como reação às críticas mais conservadoras ou ao debate entre teorias materiais e processuais da Constituição, mas tendo em vista o papel cada vez mais destacado dos novos tribunais constitucionais (especialmente na Itália e na Alemanha). O resultado foi a revalorização da normatividade constitucional também pelas teorias materiais da Constituição.

Com a tendência, cada vez maior, à "normativização" da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade. A hipervalorização das questões hermenêuticas no campo

constitucional fortaleceram, ainda mais, a "normativização" da Teoria da Constituição. Essa consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à "normativização" da Constituição favoreceram, ainda, uma "mudança de paradigmas" na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitucionais.

Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição.

Dentro dessa perspectiva, a Constituição, segundo García de Enterría, só pode ser entendida como norma. Compreendê-la também como uma estrutura política seria anticientífico, pois estaríamos confundindo direito constitucional e ciência política, ou seja, os métodos jurídico e sociológico.

A partir desta metodologia jurídica circunscrita ao material normativo, cria-se um jurista asséptico, nas palavras de Rogério Ehrhardt Soares, convicto de que o direito constitucional recebeu todo o político e que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. O jurista constitucional, assim, ignora a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional.

As valorações extrajurídicas (econômicas, sociais, políticas, etc.) não são entendidas como problema do direito constitucional (e da Teoria da Constituição), mas das demais ciências sociais.

A doutrina constitucional conseguiu criar, de acordo com Eloy García, todo um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, ao custo de renunciar aos componentes políticos. A política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano.

A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese das interpretações dos tribunais constitucionais.

Os autodenominados "neoconstitucionalistas" são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição.

A supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o "cume da soberania", da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. Desta forma, o tribunal constitucional transforma-se em substituto do poder constituinte soberano.

Representativa dessa visão é a opinião de Dominique Rousseau, para quem a Constituição é, cada vez mais, jurisprudencial: é um ato escrito pelo juiz constitucional, uma espécie de "carta jurisprudencial dos governados".

O Conselho Constitucional francês encarna, na sua concepção, a própria soberania popular, estabelecendo as bases sociais e filosóficas da comunidade nacional.

Pertinente, a nosso ver, é a crítica de Ingeborg Maus. De acordo com Maus, o tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela.

Atribuindo-se tamanho poder, o tribunal constitucional atua, nas palavras de Maus, "menos como 'guardião da Constituição' do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial".

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.

A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do "positivismo jurisprudencial") é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? No entanto, com o "positivismo jurisprudencial", o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do "dever ser", com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Vega García, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte.

Fechando os olhos para a realidade constitucional, o pensamento jurídico dominante absolutizou as soluções constitucionais históricas do liberalismo como atemporais.

Para não cair neste equívoco, a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. O direito constitucional recupera, assim, segundo Pedro de Vega García, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas.

A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta.

A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado.

As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato, denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silêncio pela Teoria da Constituição.

O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição.

Divergimos, portanto, da afirmação de Canotilho de que a crise da Teoria da Constituição é fruto da crise do Estado soberano.

Autores como Peter Häberle e José Joaquim Gomes Canotilho discordam dessa visão. Ambos concordam que Estado e Constituição formam uma unidade no Estado Constitucional. Mas as relações recíprocas entre Estado e Constituição devem implicar a não primazia do Estado.

Para Häberle e Canotilho, o Estado Constitucional existe a partir da Constituição, só existe "tanto Estado quanto a Constituição constitui". Caso entenda-se que a Constituição fornece uma ordem jurídica ao Estado pré-existente, segundo Canotilho, a Constituição pode ser reduzida a uma forma transitória do Estado, este sim perene.

Ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição.

A democracia também não pode ser reduzida a um mero princípio constitucional. Como bem afirma Friedrich Müller, o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra a falta do Estado de Direito e da democracia e esse combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais.

A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo.

A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Dessa forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica.

O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta de Loewenstein, que entendia a Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política. Afinal, o direito constitucional é direito político.

A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que, de acordo com Eloy García, prosperou o "positivismo jurisprudencial".

Penso que não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.

## IV- DA SUPREMACIA DA LEI E DO PARLAMENTO

### 4.1 O princípio do primado da lei ordinária e sua evolução histórica

A história nos registrou que antes de 1945, mantinha-se no constitucionalismo o princípio da Supremacia da lei ordinária, isto é, no confronto entre a lei e a Constituição, prevalecia a lei ordinária ou, em outras palavras, o centro das atenções dos atos normativos estava concentrado no primado da lei ordinária.

Na direção de Gabriel Menna Barreto Von Gehlen: “O primado exclusivo da lei era princípio do Estado Liberal, hoje preocupação dos historiadores” os quais poderão inclusive confirmar a visão de que a lei, historicamente sempre foi instrumento das camadas dominantes”.

Um importante estudo para nos situarmos neste quadro é o de Jean Bodin (1529-1596) que em 1576, publicou, em Paris, os Seis Livros da República, tendo em seu contexto a teoria sobre o poder absoluto do soberano do rei. Para o autor, esse poder é perpétuo e absoluto. É perpétuo, porque não pode ser revogado. E não o pode ser, porque não deriva de outro poder, não é fruto de uma delegação, mas é originário<sup>3</sup>. O poder é absoluto, afinal, no sentido de não estar submetido nem a controle e nem a contrapeso por parte de outros poderes. O poder absoluto não é tido como poder ilimitado.<sup>4</sup>

Ligado à tradição medieval, Bodin sustentava a existência de pelo menos dois limites. O primeiro, ligado à distinção entre rei e a coroa, o que impede o rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que formam parte da fazenda pública. O segundo, tendo que ver com a impossibilidade de o monarca dispor dos bens que pertencem aos súditos, para não se confundir com um tirano.

Friso que Bodin sustentava que o poder é absoluto, porque cabe ao rei dispor de assuntos da soberania, como legislar, declarar a guerra e firmar a paz, decidir em última instância as controvérsias entre os súditos, nomear magistrados e tributar.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. A propósito, Maurizio Fioravanti. *Constitucion- da la Antigüedad a Nuestros Dias*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 73 e ss.

<sup>4</sup>Fioravanti, ob.cit., pp.74-75

<sup>5</sup> Fioravanti, ob.cit., pp. 75

Por sua vez o monarca governa com o auxílio de assembléias e de magistrados, mas a Constituição não é mista, já que o poder último está nas mãos apenas do monarca, não resulta de uma composição de segmentos específicos da sociedade. O núcleo duro da soberania não está disponível para os súditos, acha-se subtraído das forças políticas ordinárias. E aqui já se encontra a “primeira grande idéia que está na origem da constituição dos modernos”.<sup>6</sup>

Novo momento relevante é protagonizado por Hobbes (1588-1679), que escreve o *Leviatã*, em 1651, logo depois dos acontecimentos ingleses de 1649 (condenação à morte do rei, extinção da Câmara dos Lordes, surgimento da república).

Hobbes deplora a situação, que decorre da luta de facções na disputa pelo poder, ou seja, entende ele que o soberano deve ser individualizado de modo claro, para se prevenir a dissolução do Estado. O soberano disporia dos poderes básicos, que coincidem com os indicados por Bodin.

Assim a associação política necessitaria de uma lei fundamental, que cuidasse de individualizar o soberano e de indicar os seus poderes irrevogáveis. Sem essa lei fundamental, o Estado não subsistiria. Essa Constituição, pensada por Hobbes, já apresenta traços que a assemelham à Constituição dos modernos.

Finalmente, ressalto que para Hobbes, o poder tem uma origem. Os indivíduos, para fugir do estado de natureza, decidem superá-lo. A sua doutrina se afasta do pensamento de Bodin e neste passo assume o feitiço contratualista, de forma que os indivíduos, para salvar as suas vidas e preservar os seus bens, instituiriam um poder soberano comum, que deveria proteger as suas vidas e também garantir que se possa gozar da propriedade, algo de impensável no estado de natureza.<sup>7</sup>

Posteriormente na Inglaterra, outro movimento, alguns anos depois, deixa a sua marca na História.

Em 1660, restaura-se a monarquia e, em 1689, os poderes do monarca se vêm limitados pela Revolução Gloriosa, de que deriva a adoção do Bill of Rights no mesmo ano, de modo que o Parlamento marca o caminho para a posição de supremacia, em contrapeso à Coroa.

Reafirma-se, por conseguinte, a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao monarca legislar

---

<sup>6</sup> Fioravanti, ob.cit., p.77.

<sup>7</sup> Fioravanti, ob.cit.p.81.

autonomamente, bem como lhe é recusado o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército, sem a autorização do parlamento.

Logo, o princípio da soberania do parlamento assinala para este ramo do governo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma pessoa ou entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento”.<sup>8</sup>

Essa forma de governo moderado foi observado por Locke (1632-1704) atento observador, que, em 1690, publica o seu Segundo Tratado do Governo Civil.

Para Locke, no estado de natureza, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade, segundo os ditames da lei natural, mas, para preservá-la, não podem prescindir de estabelecer uma sociedade política. Esta tem em mira “o desfrute da propriedade em paz e segurança”.<sup>9</sup> O poder, então, há de ser exercido para o bem geral da comunidade, para garantir condições propícias à paz e ao gozo da propriedade.<sup>10</sup>

Na sociedade política, tornam-se possíveis instituições incogitáveis no estado de natureza, tal como o legislador razoável, o juiz imparcial e o poder executivo, garantidor, na prática, das decisões tomadas.<sup>11</sup>

Segundo Locke, o legislador não gera direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, o que pressupõe a preexistência desses direitos. Daí que não pode atuar de modo arbitrário sobre a vida e a propriedade dos indivíduos.

Locke se volta contra o perigo da assimilação pela assembléia legislativa dos poderes executivos bem como contra os riscos da incorporação dos poderes de legislar pelo Executivo; por isso, opõe-se à monarquia absoluta.

---

<sup>8</sup> A formula é de Dicey, no original, recolhido por Jutta Limbach ( “The Concept of the Supremacy of the Constitution”. The Modern Law Review. Londres, Janeiro de 2001, vol. 64, n.I, p.1): The Parliament has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.”

<sup>9</sup> Locke. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 98 (capítulo XI, n. 134). Em outra passagem (capítulo IX, n. 124, p. 92), lê-se que “o maior e principal objetivo de os homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade”.

<sup>10</sup> Cf. Locke. ob. cit., p. 101 (capítulo XI, n. 136): “Para evitar percalços que perturbam os homens no estado de natureza, estes se unem em sociedade para que a somatória de suas forças reunidas lhes granta e assegure a propriedade, e para que desfrutem de leis fixas que a limitem, que esclareçam a todos o que lhes pertence. É essa a finalidade de os homens transferirem todo poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam (...); caso contrário, a paz, a propriedade e a tranqüilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza”.

<sup>11</sup> A propósito, o capítulo IX do Segundo Tratado sobre o Governo, ob. cit., p. 92-93.

“A verdadeira relevância de Locke – sustenta Maurizio Fioravanti – está em ter sido ele o pioneiro em formular, de modo claro e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembléia, tem os poderes legislativo e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos”.<sup>12</sup>

O próprio sentido da Constituição, nessa época, baseava-se no propósito de se estabelecer a relação adequada entre legislativo e executivo, prevenindo a formação de um poder absoluto, capaz de pôr em risco os direitos dos indivíduos.

Como também repara Fioravanti, “muito dificilmente se pode deduzir de tudo isso a existência de uma opinião de Locke a favor da soberania do povo”.<sup>13</sup>

Com efeito, para Locke, cabe ao povo “o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se apurar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram. (...) Podemos, pois, afirmar que a comunidade, nesse aspecto, é ela mesma o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, uma vez que este poder do povo só se manifesta quando se dissolve o governo”.<sup>14</sup>

Porém na era moderna, deve-se a Locke a concepção da fórmula de divisão do poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a buscar.

Locke não fala de um Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Federativo, de modo que ao primeiro caberia “a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem” e ao federativo, “a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela”, no plano do concerto das nações.

Consequentemente, Locke não vê empecilho em reunir em mesmas mãos estes dois poderes.<sup>15</sup> Como se vê, o Executivo, aqui, engloba também o poder de julgar.

---

<sup>12</sup> Fioravanti, ob. Cit., p.93

<sup>13</sup> Fioravanti, ob. Cit., 94.

<sup>14</sup> Locke, ob. Cit., 109, capítulo XIII, item 149.

<sup>15</sup> Locke, ob. Cit., p.107, capítulo XII.

A separação funcional ocorre no plano da titularidade do exercício do Poder Legislativo e do Executivo, uma vez que “poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos”.<sup>16</sup>

Apesar dessa distinção, a teoria de Locke não preconiza uma igualdade hierárquica entre os poderes, pois embora conceda que a supremacia última pertence ao povo, argúi que, quando este se reúne sob um governo, é ao Legislativo que cabe o poder máximo, porque “o que deve fazer leis para os demais, deve necessariamente ser-lhe superior”.<sup>17</sup>

Durante o século XVIII, difunde-se a idéia de que a constituição inglesa representa o ideal de configuração política da sociedade, com o seu sistema de convivência entre os poderes legislativo e executivo, característico da fórmula do king in Parliament.

O parlamento legisla, mas tem presente a possibilidade de o rei vetar o diploma. Por outro lado, o rei atua, executa, mas sabendo que pouco pode sem a prévia autorização de gastos, dada pelo parlamento.

Tal arquitetura ganha divulgação, e se refina, com a obra de Montesquieu (1689-1755), aparecida em 1748, O Espírito das Leis. O regime político moderado ganha a predileção de Montesquieu, que o define como aquele cuja constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados. Somente sob um regime moderado haveria a liberdade política.<sup>18</sup>

Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem, e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar fazer.<sup>19</sup>

Essa liberdade necessita de ser assegurada por uma constituição que se acautele contra o abuso do poder, já que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até

---

<sup>16</sup> Locke, ob. Cit., p.106, capítulo XII

<sup>17</sup> Locke, ob. Cit., 110, capítulo XIII, n. 150.

<sup>18</sup> O Espírito das Leis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p.186, Livro XI, capítulo 4.

<sup>19</sup> O Espírito das Leis, ob. Cit., p. 186, Livro IX, capítulo 3.

onde encontra limites.”<sup>20</sup> E o meio apto para se precaver contra o desmando seria a correta “disposição das coisas”, propícia a que “o poder freie o poder”. Daí a separação entre os poderes, para que um contenha o outro. Esses poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Executivo das que dependem do direito civil. Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”.

A separação dos poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade. A teoria se compreende “segundo a moldura do conflito clássico entre liberdade e autoridade (...) método lucubrado para a consecução de um fim maior: limitar o poder político”.<sup>21</sup>

Dessa fonte espiritual decorre a aplicação posterior do princípio da divisão de tarefas no Estado, entregue a pessoas e órgãos diferentes, como medida de proteção da liberdade.<sup>22</sup>

Portanto, o constitucionalismo, até aqui, constrangia os poderes públicos constituídos, e, por igual, inibia o povo, devido a evidente Supremacia do Parlamento, ou seja, do Legislador.

No entanto, Rousseau (1712-1778) extrai desdobramentos revolucionários da idéia de que a soberania nasce da decisão dos indivíduos. Os seus escritos chegaram a ser queimados em público, tal a reação que motivaram.

No Contrato Social, que publica em 1762, Rousseau sustenta que o poder soberano pertence diretamente ao povo. Pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade civil. Esta consistiria “na garantia de estarem [os indivíduos] governados por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano”.<sup>23</sup>

Ele desconfia dos governos e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares, apartando-se dos objetivos gerais que lhes seriam típicos. Propugna por que o povo mantenha sempre a possibilidade de retomar o que havia

---

<sup>20</sup> O Espírito das Leis, ob. Cit., Livro XI, capítulo 4.

<sup>21</sup> No comentário do Ministro Cezar Peluzo em voto proferido na ADI3.367(DJ 17.3.2006).

<sup>22</sup> Nesse sentido, Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979, p. 55. Na mesma página o autor resume a idéia na frase: “a liberdade é o desígnio ideológico da teoria da separação dos poderes”.

<sup>23</sup> Fioravanti, ob. Cit., p.83.

delegado aos governantes. Para Rousseau, “não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”.<sup>24</sup>

A Constituição não tem função de limite ou de garantia, apenas cuida dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano.

Esse é o quadro teórico que as revoluções do último quartel do século XVIII vão surpreender. Opunham-se uma linha constitucionalista e uma visão radical da soberania popular.

Na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha que ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço.

De toda forma, punha-se o problema de como o povo se faria ouvir, de como a sua existência política se expressaria na sociedade.

O exercício da força soberana do povo é então reconhecido aos seus representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição.

O parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista.

Proclamava-se – é certo – que os valores da liberdade somente seriam eficazmente garantidos se houvesse a consagração da separação de poderes, de tal sorte que uma esfera do poder poderia frear os excessos de outra, obviando situação em que um mesmo órgão pudesse elaborar normas gerais e implementá-las na prática.

A Constituição de 1791, contudo, embora abrigasse norma decretando que não haveria Constituição sem separação de poderes, construiu um sistema fundado na supremacia do Legislativo. O rei ainda dispunha do poder de veto, que era, entretanto, apenas suspensivo e apostado como resultado da vontade, não de representante do povo, mas de representante da unidade nacional.<sup>25</sup> O governo era desempenhado pelo Legislativo, restando ao Executivo a função de dispor dos meios aptos para dar aplicação à lei.

A primazia do Legislativo é também a nota da Constituição de 1795.

---

<sup>24</sup> Contrato Social, I, capítulo 7.

<sup>25</sup> Fioravanti, ob. Cit., p.115.

Não deve causar espanto que fosse assim, pois a Revolução Francesa não vinha apenas restringir excessos de um regime anterior; propunha-se a suplantá-lo, defrontando-se, porém, com resistência pertinaz. Depois dela, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais, e as desconfianças destas se dirigiam, sobretudo, ao rei. O monarca era visto como o perigo mais próximo à nova ordem.

Os revolucionários, afirmando-se representantes do povo, instalaram-se nos parlamentos e sabiam que o parlamento deveria ser fortalecido em face do rei. A vontade do parlamento tinha que prevalecer e ser preservada. Daí o enorme prestígio do parlamento, com a efetiva supremacia do parlamento sobre os demais poderes.

O prestígio do parlamento explica as características quase místicas reconhecidas à expressão da sua vontade à lei.

Consagrou-se a fórmula revolucionária de que a voz do Legislativo é a expressão da vontade geral, na linha da doutrina de Rousseau, que punha em par a lei com a própria liberdade.

O direito público passa a conhecer uma noção radicalmente nova, e que vinha bem ao feitio da necessidade de se valorizar o parlamento.

Assentou-se, em harmonia com a idéia de lei como expressão da vontade geral, a compreensão de que a vontade geral se expressa por meio do corpo legislativo do Estado, lugar de representação da totalidade da cidadania.<sup>26</sup>

A lei, assim, se define e ganha a sua força tendo em vista a sua proveniência orgânica, mais do que por seu conteúdo. A lei é comando obrigatório válido por ter sido adotada, de acordo com o procedimento próprio, pelo órgão constitucionalmente competente para representar a vontade dos cidadãos.

Portanto, nessa época, penso que não foram surpreendente as conseqüências daí advindas, pois o princípio da soberania da nação acabou por se confundir com o princípio da soberania do parlamento, isto é, o parlamento passara a ser duplamente soberano. Era soberano perante todas as autoridades do Estado, porque era a representação do povo. Tornava-se, também, soberano perante o próprio corpo de cidadãos, uma vez que este somente podia expressar a sua vontade por meio da assembléia dos seus deputados – particularidade em que a prática revolucionária se distânciava de Rousseau.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Roberto Blanco Valdés, *El Valor de la Constitución*. Madrid, 1998, p.252.

<sup>27</sup> Valdés, ob. Cit., p. 257.

## 4.2 O *référé* legislativo e o início do crítico controle judicial da constitucionalidade das leis- abordagem histórica na Europa e nos Estados Unidos

Para compreendermos o instituto da *référé* legislativo e o desprestígio quanto ao controle judicial da constitucionalidade na segunda metade do século XIX e início do século XX, é preciso sustentar que a supremacia do parlamento não se concilia com a idéia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa em resguardar a incolumidade da ordem constitucional.

Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta. A defesa da Constituição terminava por ser entregue, com algumas palavras de grandiloquência retórica, ao próprio povo.<sup>28</sup>

A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do parlamento, como já citado.

Essa concepção de supremacia incontrastável do parlamento redundou num conceito débil do valor da Constituição, sendo que ela, neste contexto, não se encontra protegida contra o Legislativo que, à época, se firmava como o poder nacional.

A supremacia do parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. Além disso, os revolucionários franceses devotavam especial desconfiança aos juízes, vistos como adversários potenciais da Revolução.

O Judiciário era tido como órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, a menor, os fatos, daí redundando uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial.

A prática revolucionária concordava com Montesquieu, que reduzia o poder de julgar à condição de “instrumento que pronuncia as palavras da lei”. Dominava a concepção de que “nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo a sua própria vontade”.

---

<sup>28</sup> A propósito, Valdés, ob. cit., p. 261. Veja-se o que dispunha a Constituição francesa de 1791, no seu Título VII, art. 8º, § 4º: “A Assembléia Nacional constituinte confia o depósito [da Constituição] à fidelidade do Corpo legislativo, do Rei e dos juízes, à vigilância dos pais de família, às esposas e às mães, ao apreço dos jovens cidadãos, à coragem de todos os franceses”.

O princípio da separação dos poderes atuava para constranger o poder de julgar a uma posição de menor expressão. Era impensável que se postulasse perante uma corte de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do parlamento.

A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, é notável. Uma manifestação fundamental disso é a criação, na França, do instrumento do *référé législatif*, por uma lei de 1790 somente abolida em 1837.

Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que, se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes num tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do parlamento até no mais alto tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os seus deputados. A função de interpretação da lei é, assim, vista como consubstancial à função legislativa.

O controle judicial de constitucionalidade das leis seria, nessa conjuntura, tão teratológico que nem sequer se estimou necessária a sua proibição específica, bastando a vedação genérica, imposta em outros preceitos normativos e de constituições da época, a que o juiz deixasse, por qualquer motivo, de conferir aplicação às leis.<sup>29</sup>

A supremacia do parlamento não era, portanto, passível de contraste. O que o Legislativo decidia externava a vontade do povo e não tinha como ser censurado.

Portanto, a Supremacia do parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à idéia de um instrumento normativo superior ao parlamento e à lei. Comprometia-se, assim, a noção de Constituição como instrumento com valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. Tudo isso conduzia, também, a que tampouco se emprestasse maior relevância ao problema da modificação da Constituição por via institucional.

A idéia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, com valor jurídico de menor tomo, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção

---

<sup>29</sup>Assim, uma lei de 16-24 de agosto de 1790 dispunha que “os tribunais não poderão tomar direta ou indiretamente parte alguma no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionado pelo Rei, sob pena de prevaricação”. Cf Valdés, ob. cit., p. 276.

da Constituição, e do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no primeiro quartel do século XX.

A queda, em sucessão, dos regimes monárquicos na Europa, coincidindo com a progressiva adoção do parlamentarismo – em que é inerente a proximidade do Executivo ao Legislativo –, enfraqueceu a idéia de que a proclamação da separação dos poderes seria meio suficiente para a defesa das liberdades. Sentiu-se a necessidade de uma nova fórmula de proteção dos indivíduos. Impunha-se a descoberta de novas fórmulas de controle do poder do Estado.

Ato contínuo foi inaugurado, no período de entre - guerras, um rico debate, dominado por Carl Schmitt e Hans Kelsen, em torno dos instrumentos de proteção da Constituição, porém, ao que se sabe, infelizmente a discussão de grande valia foi interrompida, dramaticamente, com a II Guerra Mundial.

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais e os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz.

Com efeito, nessa época, o parlamento, que se revelou débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perde a primazia de que desfrutou, passando a Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, a ser o instrumento de proteção da Constituição - que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.

A Justiça constitucional se alastra pela Europa, na medida em que os seus países se democratizam.

É acolhida em Portugal e na Espanha, nos anos 70. Com a queda do comunismo, é igualmente consagrada nas antigas ditaduras do Leste Europeu.

Não se pode mais tolerar a produção de norma contrária à Constituição, porque isso seria usurpar a competência do poder constituinte. Este, sim, passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem por ser o fruto do poder constituinte originário.

Do lado de cá do Atlântico, nos Estados Unidos, diferentemente, desde o início do século XIX, é reconhecido o valor normativo da Constituição como documento máximo da ordem jurídica. Peculiaridades históricas concorrem para esse fato.

Nos Estados Unidos, ao contrário do que acontecia na Europa na mesma época, não há preocupação maior com o poder do Executivo. O Presidente da República é eleito pelo voto popular. Não é o adversário temido como eram os monarcas do final do absolutismo. O perigo que assusta, nos Estados Unidos, é justamente o da extensão desmesurada do Poder Legislativo, de tal forma que os americanos buscaram um caminho de equilíbrio dos poderes, precavendo-se contra as ambições hegemônicas do Congresso.<sup>30</sup>

Contudo a desconfiança para com o parlamento foi retratada aos fatores desencadeadores da independência americana.

Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange a taxaço, provocaram a indignação dos colonos, que as viram como resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precaver-se contra a Legislatura propensa às medidas tirânicas.<sup>31</sup> Haveria de se construir um governo limitado.

Percebeu-se, enfim, que “a manutenção da liberdade não somente exige o estabelecimento de garantias para a sociedade em face do Estado, como também a proteção das minorias em face de um eventual abuso democrático”.

Na República americana, em que os dois poderes fundamentais do Estado procedem da mesma fonte de legitimidade, o voto popular, abriu-se margem à discussão de outro problema, que somente ocupará os europeus num posterior momento histórico de proteção das minorias.

Reparou-se que esse objetivo exigia que os limites dos poderes estivessem bem delineados num documento vinculante, insuscetível de ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as limitações eram dispostas.

Tudo isso colaborou para que se encontrasse um valor jurídico único na Constituição, como instrumento de submissão dos poderes a limites. Tornou-se viável a idéia da supremacia da Constituição sobre as leis.

---

<sup>30</sup>A propósito, as palavras de Jefferson, recolhidas por Madison no Federalista (n. 48): “173 déspotas serão tão opressivos como um só. Não lutamos por um despotismo eletivo, mas por um governo baseado sobre princípios livres”.

<sup>31</sup> A propósito, Horst Dippel. “Soberania Popular e Separação de Poderes no Constitucionalismo Revolucionário da França e dos Estados Unidos da América” (trad. Paulo Sávio Peixoto Maia). Brasília: Faculdade de Direito (mimeo), p. 5): “‘Se não há nenhum limite para a Legislatura’, escreveu o Providence Gazette de 5 de agosto de 1786, ‘nós não somos mais um país livre, mas um país governado por uma oligarquia tirânica. (...) Um governo puramente legislativo como o da Inglaterra, onde os representantes são legisladores absolutos, sem qualquer sistema institucionalizado de controle, era considerado como um mero parlamentarismo despótico”.

A necessidade, ainda, de se seguir um procedimento mais dificultoso e solene de mudança da Constituição servia para acentuar-lhe a origem superior no poder constituinte originário ele próprio o único capaz de fixar como o texto poderia ser alterado. A supremacia da Constituição também ganhava com a rigidez da carta.

A supremacia da Constituição, afinal, exprimia a consequência inelutável da sua superioridade formal, resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes por ele constituídos.

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema criou as condições necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis, considerando que já se entendia que somente há supremacia da Constituição quando se extraem consequências concretas para as normas com pretensão de validade opostas à Carta, quando, então, se pode expulsar do ordenamento jurídico a norma editada em contradição com a Lei Maior.

O controle jurisdicional de constitucionalidade foi o instrumento adotado para se sancionar uma plena e efetiva supremacia da Constituição.

O reconhecimento de que a Constituição é norma jurídica aplicável à solução de pendências foi decisivo para que se formasse a doutrina do judicial review, pela qual o Judiciário se habilita a declarar não-aplicáveis normas contraditórias com a Constituição. O constitucionalismo moderno ganhava assim um de seus elementos mais característicos, com antecipação ao que veio a ocorrer, bem mais tarde, na Europa.<sup>32</sup>

A doutrina do judicial review, contudo, não fez o seu ingresso na História de modo assepticamente cerebrino. Conquanto os “pais fundadores” já considerassem correta a recusa pelos juízes em aplicar leis contrárias à Constituição<sup>33</sup>, o judicial review não chegou a ser instituído expressamente na Constituição americana.

---

<sup>32</sup> Consideram-se como princípios fundamentais do constitucionalismo moderno, além da supremacia da Constituição, a soberania popular, os direitos fundamentais e o postulado do governo limitado, a que se ligam os princípios da separação de poderes, a independência do Judiciário e a responsabilidade política dos governantes, princípios acolhidos pioneiramente pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Cf. Horst Dippel “Modern Constitutionalism, an Introduction to a History in Need of Writing”, *The Legal History Review*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, vol. 73, pp. 154-155.

<sup>33</sup> Lê-se em *O Federalista*: “Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos (...). Sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” (*O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 578 – capítulo n. 78).

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos EUA resulta de uma construção pretoriana, armada num tempo de extrema tensão política, no contexto de disputa de poder, logo no início da vida republicana, entre os partidos Federalista, que dominava o Congresso Nacional e o Executivo até as eleições de 1800, e o Republicano (ou Anti-Federalista) – aquele não se abstendo de se valer de meios radicais para manter a posição hegemônica.<sup>34</sup>

Em 1800, os federalistas, desgastados e apossados por problemas conjunturais, perderam as eleições para o Congresso e para a Presidência da República. Foi eleito para o Executivo o republicano Thomas Jefferson.

Não obstante federalista, o Presidente Adams deveria continuar no cargo até março de 1801. Nesse intervalo, os Federalistas entenderam de continuar a protagonizar a vida pública, instalando-se no Poder Judiciário. Aprovaram, então, uma Lei do Judiciário, que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano. Cuidaram de preencher as vagas com partidários federalistas. Esses tribunais viriam a liberar os juízes da Suprema Corte americana das cansativas viagens por todo o país, que lhes ocupava a maior parte do ano.

Tais viagens eram necessárias, porque eram os juízes da Suprema Corte que, na companhia de juízes estaduais, julgavam apelações em casos federais nos Estados-membros sendo certo que os cargos que se abriram nos novos tribunais federais eram vitalícios e poderiam, assim, abrigar próceres entre os federalistas de modo irreversível pelo novo governo.<sup>35</sup>

Os federalistas, entre as eleições e a posse de Jefferson, criaram também numerosos outros cargos de menor importância, ligados ao Judiciário, contando-se entre eles mais de quarenta cargos de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, em que se situa a Capital dos EUA. O cargo de juiz de paz não era vitalício, sendo provido para mandato de cinco anos.

---

<sup>34</sup> Por exemplo, durante o governo Federalista, foi aprovada a Lei de Sedição, que ensejou que os juízes, nomeados pelos Federalistas, punissem criminalmente os adversários políticos, que criticassem o Presidente Adams ou o Congresso Federalista. (cf. Nowark e Rotunda. *Constitutional Law*. PSt. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 1).

<sup>35</sup> cf. Bruce Ackerman. *The Failure or the Founding Fathers*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005, passim, especialmente, pp. 124-125 e 128-130.

Nos três meses que antecederam a posse de Jefferson em 1801, vagou o cargo de Presidente da Suprema Corte. Adams não viu ninguém melhor para ocupá-lo do que o seu próprio Secretário de Estado, John Marshall.<sup>36</sup>

Foi quando a pedido de Adams, porém, Marshall desempenhou as funções de Secretário de Estado até a antevéspera da posse de Thomas Jefferson. Cabia a Marshall por selo nos diplomas de nomeação e encaminhá-los aos nomeados para os novos cargos do Judiciário, procedimentos necessários para as posses respectivas.

A nomeação tanto dos juízes dos tribunais federais como dos juízes de paz teve que ser feita às pressas, já que o termo final do mandato de Adams se aproximava. Alguns desses juízes foram nomeados na noite anterior à posse dos Republicanos, daí a alcunha de juízes da meia-noite com que, às vezes, são referidos.

Um dos que deveria ser empossado chamava-se William Marbury. Ele fora indicado Juiz de Paz pelo Presidente da República, confirmado pelo Congresso, no seu último dia ainda federalista. O selo foi apostado pelo Secretário John Marshall, mas o diploma deveria, depois disso, ser enviado ao nomeado, o que terminou por ser esquecido no tumulto do último dia do governo Adams.

Os republicanos chegaram ao poder particularmente irritados com as manobras federalistas no Judiciário, o que torna fácil compreender porque, quando Marbury cobrou o envio do ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional.

Marbury, então, resolveu processar o novo Secretário de Estado, valendo-se de uma ação criada por uma lei de 1789, que adicionara um writ of mandamus à lista das ações cometidas à competência originária da Suprema Corte. Com isso, pretendia obter uma ordem para que Madison lhe enviasse o diploma indispensável para a sua posse.

O caso Marbury v. Madison agitou perigosamente o novo cenário político norte-americano.

O Presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à prática do ato desejado por Marbury. O Secretário Madison esnobou o tribunal, não apresentando nenhuma defesa.

Por sua vez a Corte, então, marcou o início do julgamento do writ para 1802. Em resposta, o Congresso, agora dominado pelos republicanos, alterou o calendário de

---

<sup>36</sup> Na realidade, Marshall não foi a primeira escolha de Adams. Foi indicado, depois que John Jay (um dos autores do Federalista) recusou o posto, desanimado, aos 55 anos, com as viagens pelo país a que eram obrigados os juízes da Suprema Corte. A recusa se deu sem que Jay soubesse que, dias depois, essas viagens seriam suprimidas pela Lei federalista do Judiciário. (cf. Ackerman, ob. cit., pp. 124-125).

funcionamento da Suprema Corte, suprimindo dele o período que havia sido designado para o julgamento do caso.

O Congresso Nacional não se bastou com essa medida. Jefferson tomou como prioridade do início da sua gestão a derrubada da Lei do Judiciário, aprovada há pouco pelo Congresso federalista. Em julho de 1802, é editada nova lei, repudiando a Lei do Judiciário, o que deixou os federalistas em estado de choque.

Com a nova legislação, todos os nomeados pelo governo Adams para os importantes cargos nos tribunais federais perderam o emprego e os juízes da Suprema Corte deveriam voltar a viajar pelo país, julgando apelações em casos de interesse federal. Um juiz da Suprema Corte, Samuel Chase, chegou a conclamar que os seus colegas se recusassem a participar desses julgamentos. Os magistrados, porém, não o seguiram. Chase chegou a sofrer um processo de impeachment, de que se livrou apenas porque o processo demorou a ser concluído no Congresso Nacional e novas conjunturas políticas o favoreceram.

O clima de beligerância era inequívoco.

Foi nesse quadro em que as instituições democráticas corriam sensíveis riscos, e em que pressões crescentes ameaçavam aluir a força e a independência do Judiciário que a Suprema Corte, em 1803, afirma o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da sua interpretação da Constituição, deitando as bases do judicial review.

Essa proclamação de força do Judiciário somente não provocou reações incendiárias graças à habilidade como foi concatenada.

Ao redigir a decisão da Suprema Corte para o caso *Marbury v. Madison*, Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a Marbury a ordem impetrada.

Isso porque, o writ de que Marbury se valera havia sido incluído na lista dos temas da competência originária da Suprema Corte por lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte estava fixada pela Constituição, não podendo ser alargada por diploma infraconstitucional.

A lei que o pretendesse fazer, entraria em atrito com o Texto Magno. Aqui, então, desenvolveu a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la.

O caso era perfeito para que Marshall sustentasse essas teses, incluindo nos livros jurídicos precedente decisivo para o fortalecimento do Judiciário e para o constitucionalismo futuro.

Com a solução encontrada, o Executivo republicano não foi compelido a entregar o diploma a Marbury e não teve por que se rebelar.

Afirmou-se, não obstante, e sem provocar retaliação, a autoridade do poder Judiciário, superior à do Legislativo e à do Executivo, em tema de interpretação e aplicação da Constituição.

Diz-se que Marshall teria ficado tão empolgado com a possibilidade de afirmar o poder da Suprema Corte que teria desprezado algumas circunstâncias relevantes, que poderiam ter conduzido a desfecho diferente para o caso. Mais ainda, lembra-se que Marshall, por ter participado ativamente da nomeação de Marbury, deveria ter-se afastado do processo.

O fato é que o caso ostenta enorme relevo para a história da afirmação da supremacia da Constituição, para a fixação do máximo valor jurídico dos textos constitucionais e para a compreensão do controle jurisdicional de constitucionalidade como mecanismo inerente a essas características da Constituição.

O caso *Marbury v. Madison* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a idéia de que a Constituição é uma lei e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante.

Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário e em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento.

Cabe, por isso, ao Judiciário, diante de uma hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira.

Afinal, como todos os poderes públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição.

Portanto, a doutrina articulou três assertivas básicas, quais sejam, a primeira consubstanciada pelo fato de que Constituição é concebida para ser a lei principal do país; a segundo de que cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição e finalmente a terceira de que a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais poderes.

É interessante notar que o tema do controle de constitucionalidade continuou a inspirar cuidados por muito tempo.

Por isso mesmo, somente cinco décadas mais tarde, em 1857, no caso Dred Scott, tornou Suprema Corte a julgar uma lei do Congresso Nacional incompatível com a Constituição.

O precedente se conta no rol das decisões má-afamadas da História Judiciária americana.

A Suprema Corte disse inconstitucional lei que garantia a liberdade de negros que passassem por Estados não-escravagistas. A decisão é tida como um dos estopins da guerra de secessão.

Como se percebe, o valor normativo supremo da Constituição não surge, de pronto, como uma verdade auto-evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pela busca de meios mais eficientes de controle do poder, em prol dos valores básicos da convivência social e política que inspiram os textos constitucionais.

#### **4.3. Da Criação de um controle e Justiça especial para o Parlamento**

O constitucionalismo liberal não se estabelece em nome da garantia da constitucionalidade.

A supremacia da lei, tal como foi concebida, pelos revolucionários franceses, não admitia exceções devido à consagração do *référé* legislativo (os juízes eram proibidos de interpretar as leis e diante de uma lei aparentemente obscura, eram eles obrigados a suspender o processo e a dirigir-se aos órgãos legislativos para obter uma explicação oficial com valor de interpretação autêntica) e a criação de um Tribunal de Cassation com o objetivo da defesa forma da lei contra as possíveis rebeldias ou não plena e incondicional obediência dos tribunais.

A luta contra as imunidades do poder legislativo na Europa só logra dar os primeiros frutos no século atual.

Conforme verificamos foi através do sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis, tardiamente desenvolvido, na Constituição austríaca de 1920, que deu início a uma espécie de compromisso de assegurar a efetividade do princípio da superioridade da Constituição e o desejo de salvaguardar os princípios da supremacia da lei e da separação dos poderes.

Logo a criação de um órgão de fiscalização, *ad hoc*, tendo subjacente a idéia de que julgar o legislador é ainda legislar surge como uma forma de superar, simultaneamente,

os defeitos da velha idéia de Constituição como norma programática não diretamente invocável nem aplicável e os riscos da debilitação do papel do poder legislativo numa democracia moderna inerentes ao controle difuso da constitucionalidade.

A preocupação com a proteção do legislador manifesta-se, claramente em dois aspectos do sistema de fiscalização concentrado: o legislador tem o seu próprio juiz, que opera através de procedimentos particulares, criados especialmente para atender às características do controle da constitucionalidade das leis e às exigências políticas que lhes estão subjacentes e por outro lado, a lei é obrigatória para todos os juízes até ser declarada inconstitucional pelo órgão exclusivamente competente de para controlar os seus vícios.

A lei ordinária continua, assim, a constituir o parâmetro dos juízes comuns, para os quais a *higher law*, a fonte superior do ordenamento, permanece sem autentica e direta relevância jurídica.

Friso, que a proteção do legislador através da criação de uma justiça especial não é um fenômeno novo e não constitui uma descoberta Kelseniana, pois, não se pode olvidar que embora já existisse um precedente introduzido na Checoslováquia e os antecedentes austríacos do sistema desenhado pela Constituição de 1 de Outubro de 1920, o compromisso de fiscalização citado, já estava subjacente a alguns modelos filosóficos, projetos políticos, precedentes jurisprudenciais e doutrinas jurídicas que em toda a Europa preparavam o terreno da Justiça Constitucional do Século XX.

Não podemos deixar de consignar, também, que num primeiro momento, nos pensamentos de Hans Kelsen acerca da Justiça Constitucional, havia uma grande preocupação em se assegurar o princípio da supremacia da lei, assim como, o da separação dos poderes, de modo que suas oscilações e incertezas perante aquilo que ele mais tarde veio a considerar como “a peça jurídica central” da Lei Fundamental de 1920, mostra que o dogma da insindicabilidade das leis, não é inicialmente posto em causa pelo pai da justiça constitucional austríaca e europeia.

Verificamos, assim, que muito embora não tenha ignorado a problemática em torno dos atos imperfeitos praticados pelos órgãos legislativos, Kelsen não tem *ab initio* uma consciência voltada para a necessidade da fiscalização da constitucionalidade das leis federais pelo Tribunal Constitucional.

#### **4.4. Da perda da Imunidade Parlamentar pelo Controle da Constitucionalidade na Europa**

A progressiva participação dos tribunais na apreciação da constitucionalidade das leis existentes caracterizou a evolução do constitucionalismo que deu seus primeiros passos com a revisão constitucional de 1929 da Carta Política Austríaca na medida em que antes disso, seu texto constitucional proibia os tribunais de apreciar a validade das leis regularmente publicadas.

Contudo, a afirmação da obrigatoriedade de aplicação da lei inconstitucional para todos os juízes, torna-se problemática nos Estados, posto que, após 1945 se impõe aos tribunais em geral a proibição de aplicação de leis inconstitucionais e a obrigação de colocar a respectiva questão ao Tribunal Constitucional.

É de se consignar, ainda, que num primeiro momento, tal fato, não significou que a preocupação em assegurar o respeito e a vontade do legislador parlamentar e em prevenir a possibilidade de os tribunais em geral se furtarem, infundadamente, à aplicação da lei, com a conseqüente atenuação da força normativa da Constituição, foi as últimas conseqüências, pois, ainda, nesse momento, a interpretação acolhida pela maioria da doutrina adotada sem hesitações pela jurisprudência constitucional considerava que o Tribunal Constitucional Federal somente seria interventor, nos processos de fiscalização concreta, não como guardião da Constituição, mas como defensor do legislador parlamentar.

Na verdade, o compromisso entre a necessidade de assegurar a efetividade do princípio da superioridade da Constituição e o desejo de salvaguardar o princípio da supremacia da lei e da separação dos poderes está, claramente subjacente a outros sistemas de fiscalização da constitucionalidade que não se inserem no modelo austríaco.

Em França, ainda que a intenção dos autores da Constituição de 1958 não fosse instituir um controle da constitucionalidade das leis, assiste-se a uma redescoberta da Constituição como base da ordem jurídica e nesse sentido, parece que um neo-constitucionalismo esta em vias de se afirmar, porém, esse nascimento do Direito Constitucional por obra jurisprudencial, não foi ainda ao ponto de atribuir aos tribunais franceses um poder de censura da obra do legislador em nome do respeito pela Lei Fundamental do País.

Em Portugal, a observamos uma drástica redução da fiscalização jurisdicional prevista na primeira Plataforma de Acordo Constitucional, com o sistema de Justiça Reservada consagrado no texto inicial da Constituição de 1976 em matéria de fiscalização preventiva e abstrata sucessiva, e, em certa medida, a intervenção da Comissão Constitucional no âmbito da fiscalização concreta vinham ainda numa linha de acumulação do poder no

Conselho da Revolução, de esvaziamento da função normativa da Constituição e de desconfiança perante a magistratura.

A Criação do Tribunal Constitucional em Portugal, reivindicação do Estado Novo pretendeu fortalecer a força normativa da Constituição, constituindo uma resposta à reduzida eficácia revelada pelo controle difuso da constitucionalidade das leis não apenas no Estado Novo, mas também na I República.

A ausência histórica de decisões de inconstitucionalidade em Portugal nos dava uma idéia errônea de que o legislador raramente ofendia as normas constitucionais, porém, segundo o entendimento dominante esse fenômeno se deu porque havia uma inoperatividade da fiscalização difusa diante do fato de que realisticamente os juízes de carreira dos tribunais em geral, habituados à exegese da lei ordinária, não davam suficiente atenção à constitucionalidade da legislação.

Seja como for, observamos que a preocupação em assegurar a eficácia do sistema de fiscalização foi um dos aspectos fundamentais que levaram o legislador constitucional a instituir em 1982, com a revisão, um regime de concentração de competência para o conhecimento da inconstitucionalidade das leis.

É que se partimos da premissa de que a Constituição é verdadeiramente uma lei, confiar o juízo de inconstitucionalidade a tribunais não imbuídos do espírito constitucional poderia, na prática, conduzir a uma desvalorização da Constituição.

Entendeu-se que num quadro caracterizado pela reduzida efetividade da fiscalização difusa, a virtude fundamental de uma concentração de competência estava em criar necessariamente no tribunal a responsabilidade pela defesa da Constituição.

A constituição Portuguesa, não é apenas uma mera disciplina sobre as fontes do direito, mas verdadeira fonte do direito, donde dimanam direitos e obrigações para os cidadãos e para os poderes públicos.

O artigo 3º ao estabelecer o princípio de que é a constituição que rege o Estado, e ao fazer depender a validade das leis aos demais atos e do Estado, das regiões autônomas, e do poder local, da sua conformidade com a constituição, proclama desde logo, no pórtico da Constituição o seu caráter de Lei Fundamental do país, o que por via oblíqua nos faz entender que o legislador não é *constitutione solutus*.

O artigo 204, por seu turno esclarece que, nos feitos submetidos a julgamento pelos tribunais, não se pode aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados.

A atribuição de tal poder aos tribunais em geral, não significa solicitar solicitá-los ultra vires, mas simplesmente, reconhecer um aspecto essencial da sua medular função de dizer o que é direito ou de reconhecer o direito aplicável.

Importa salientar, que a atual Constituição, contrariamente, à doutrina de Kelsen, mantém e afirma o princípio do valor imediato e direto da Constituição e da sua prevalência sobre as demais fontes de direito e expressamente exige essa aplicação de todos os tribunais em todas as instancias.

Assim, penso que o primado da Constituição significa, neste contexto, a secundarização da lei. Por isso, também, nesta perspectiva o juiz não é mais aquele ser inanimado que se limitava a abrir a boca para pronunciar as palavras que não são suas, mas do legislador.

Portanto, o sistema de fiscalização da constitucionalidade consagrado nas constituições democráticas, pressupõe nitidamente, a redução da distancia entre Constituição e lei, entre Tribunal Constitucional -como órgão da Constituição- e autoridade judiciária comum-como órgão da lei.

## V-O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS TRASFORMAÇÕES CONTEMPORANEAS

### 5.1. Aspecto histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao

longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso .

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

## **5.2 Aspecto filosófico**

Analisando filosoficamente o novo direito constitucional acentuamos que foi o pós-positivismo, que deu ensejo ao debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito, já que, fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações.

Como sabendo, considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX.

Nesse sentido a busca da objetividade científica, fez com que o positivismo equiparasse o Direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade, dando ensejo ao fato de que justiça dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

Não obstante a sua decadência foi emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, como sua função social e sua interpretação.

O pós-positivismo buscou ir além da legalidade estrita, mas não desprezou o direito posto, procurando empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

No que tange a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Portanto, no conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção foram incluídas as atribuições da normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; assim como, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; além da formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Nesse ambiente, promoveu-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

### **5.3. Aspecto teórico**

Observando o moderno constitucionalismo, podemos assegurar que as transformações de paradigmas também se deu no aspecto teórico através de três grandes rumos que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, quais sejam, o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, conforme adiante desenvolveremos no capítulo destinado ao Primado da Constituição.

## VI-DO PRIMADO DA CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA

### 6.1. Panorama geral e histórico

Sobre o tema, nada melhor que a obra do ex-presidente da Corte Constitucional alemã, Professor Konrad Hesse que nos brindou com seu livro ao reproduzir sua aula inaugural na Universidade de Freiburg- RFA, no ano de 1959. Seu conteúdo representou um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno.

Observando o contexto histórico do constitucionalismo moderno, podemos dizer, que os primeiros passos rumo ao constitucionalismo moderno que preconiza de maneira sem igual à força normativa da Carta Política foi dado em 16 de abril de 1862 quando Ferdinand Lassale proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição.

Nela ficou claro que, para Lassale, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, uma vez que a constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes (poderes militar, social, econômico, intelectual).

Segundo sua tese, as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força real ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, sendo a constituição – a constituição jurídica – mero pedaço de papel, que por sua vez possui a capacidade de regular e de motivar limitada a sua compatibilidade com a constituição real. Do contrário o conflito torna-se inevitável, assim como a derrota da constituição escrita ante os fatores reais de poder.

Quase 100 (cem) anos depois, baseando-se nas reflexões desenvolvidas por Lassale, e, posteriormente, por Georg Jellinek e alguns outros políticos e juristas, bem como pela própria história constitucional, Hesse, através de suas argumentações, procurou demonstrar que o resultado do conflito entre os fatores reais de poder e a constituição não implica, necessariamente, na derrota desta e que a tese defendida por aqueles se afigurava desprovida de fundamento se puder admitir que a constituição contém, ainda que limitadamente, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Ora, para Hesse, a ordenação e a realidade devem ser consideradas em sua relação, em seu contexto e em seu condicionamento recíproco.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Graças à pretensão de eficácia, ela busca imprimir ordem e conformação à realidade política e

social, não sendo apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela.

Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem simplesmente uma da outra.

A constituição adquire força normativa conforme realiza sua pretensão de eficácia, porém, esta, somente, é alcançada se a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica.

Assim a constituição (jurídica) não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica, pois se as leis sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela constituição, carece ela, do imprescindível germe de sua força vital.

Mas, Hesse nos lembra de que a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, for possível identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Essa vontade de Constituição origina-se da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, da compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e, ainda, da consciência de que essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Lembra-nos, Hesse, de que a Constituição, a fim de desenvolver sua força normativa, deve buscar possuir os seguintes requisitos: o conteúdo da constituição deve lograr corresponder ao máximo à natureza singular do presente porque tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Deve, também, mostrar-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes (sociais, políticas, econômicas), e por fim, não pode se assentar numa estrutura unilateral se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social.

Informa ele ainda, que é importante que a concepção de vontade de Constituição seja partilhada por todos os partícipes da vida constitucional, bem como a interpretação da Constituição leve em conta as condicionantes dadas pelos fatos concretos da vida correlacionando-as com as proposições normativas da constituição.

Assim a efetividade da força normativa depende, portanto, da amplitude da convicção acerca da inviolabilidade da Constituição e quanto mais intensa for a vontade da constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da constituição.

Com efeito, foi no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários que o primado da Constituição obteve o seu lugar nos remetendo ao exato sentido da Constituição como norma fundamental do Estado, que deve garantir os direitos e liberdades dos indivíduos.

Por sua vez, a história nos demonstrou que no início o constitucionalismo foi utilizado, para fragilizar o contratualismo e a soberania popular, segundo o que preconizava as idéias da Revolução Francesa, limitando por conseguinte os poderes do monarca de forma que a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do rei que foi reduzido à categoria de órgão do Estado, ou seja, órgão regido constitucionalmente, enquanto que a soberania popular, isto é, o povo passou a ser compreendido como um dos elementos do Estado.

É evidente, contudo, que embora liberais, as Constituições nesse primeiro momento, não conseguiram em sua gênese, verdadeiramente, ser democráticas, pois, consolidaram a idéia de que não serviriam para o rei ou para o povo, porquanto, deveriam servir apenas ao Estado, assim como, o direito é direito positivo, posto pelo Estado.

Assim, surgiu, na segunda metade do século XIX, o conceito clássico de Constituição nos estudos de Georg Jellinek, que então preconizava que ela incorporava o conjunto de princípios jurídicos que, por sua vez, definiam os órgãos supremos do Estado, assim como, a sua criação e relações mútuas, determinando o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado, além de instrumentalizar o governo, na medida em que, legitima procedimentalmente o poder.

Nesse sentido, não se pode olvidar, que dentro dessa concepção de que a Constituição é criada para o Estado, a esfera da liberdade individual dos cidadãos restou limitada.

A teoria jurídica do Estado de Jellinek, ao se preocupar em produzi-lo como pessoa jurídica, bem como, com de implantar a positividade do direito e o seu o monopólio acerca da produção jurídica, acabou por dar ensejo à sua própria auto-limitação, sendo inconcebível e intolerável a antiga visão de poder ilimitado, até porque, exercendo a função de criar o direito, ele mesmo acabava se obrigando a sua criação, tornando-se, nesse contexto, sujeito de direitos e deveres, tal qual, o cidadão.

Nessa esteira de percepção do real sentido da Constituição, a história nos revelou que a tentativa de conciliação entre o constitucionalismo e a democracia, ficou infrutífera, porém, na Europa esse diálogo timidamente foi iniciado com a Constituição alemã de 1919, ou seja com a célebre Constituição de Weimar.

Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o inesquecível debate acerca dos métodos do direito público capitaneado por Hans Kelsen que propôs a aplicação do método jurídico positivista até as últimas consequências, gerando, nas palavras de Heller, uma "Teoria do Estado sem Estado".

Com isso, as reflexões surgidas no decorrer desse episódio, segundo Olivier Beaud, ficaram sitiadas em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição, ou seja, entre a perspectiva de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado, e por isso mesmo se encontra ligada ao "ser" político do Estado e a concepção de que a Constituição não passa de uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, logo, relacionada com o "dever ser" do Estado.

Logo, ou se adotava a vertente de que a Constituição não passava de um conjunto de normas que regulavam o regime político-social do país, conforme os pensamentos de autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassalle e Lorenz von Stein ou se adotava o sentido de que ela é limitada ao texto constitucional, regulando somente os comportamentos dos agentes estatais, nos termos defendidos pelo neokantismo e o normativismo positivista.

No estudo do "Debate de Weimar", centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a "força normativa dos fatos", mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta.

Segundo Kelsen, a estrutura hierárquica do processo de criação do direito termina em uma norma que fundamenta a unidade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é hipotética, não positivada, portanto, não é determinada por nenhuma norma superior do direito positivo. Esta norma fundamental é a "Constituição em sentido lógico-jurídico", que institui um órgão criador do direito, um grau inferior que estabelece as normas que regulam a elaboração da legislação. Este órgão é a Constituição propriamente dita, ou "Constituição em sentido jurídico-positivo".

O conteúdo da Teoria Geral do Estado, para Kelsen, é o estudo dos problemas referentes à validade e produção da ordem estatal, ou seja, do ordenamento jurídico. Esses problemas de criação do ordenamento jurídico (criação do direito e fundamentação da unidade do ordenamento), como vimos acima, são compreendidos sob o conceito de Constituição.

Desta forma, para Hans Kelsen, a Teoria Geral do Estado coincide com a Teoria Geral da Constituição.

Apesar das considerações de Kelsen, demonstrando a passagem da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, a primeira obra sistemática que entende a Teoria da Constituição como um ramo próprio da teoria geral do direito público é a *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição), de Carl Schmitt, publicada em 1928.

O objetivo declarado de Schmitt é o de oferecer uma obra sistemática das questões de teoria constitucional tratadas incidentalmente pelo Direito Constitucional (*Staatsrecht*) e pela Teoria Geral do Estado.

A necessidade de um tratamento próprio dessas questões foi destacado por Carl Schmitt, ao criticar o positivismo jurídico que teria deslocado as questões fundamentais do direito político para a Teoria Geral do Estado e nesta disciplina as questões da teoria constitucional não seriam tratadas adequadamente, situadas entre as teorias políticas em geral e os temas filosóficos, históricos e sociológicos abarcados pelos teóricos do Estado. Com a Teoria da Constituição, Schmitt busca superar a divisão, gerada pelo positivismo normativista, entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional.

No mesmo ano de publicação da Teoria da Constituição de Carl Schmitt, 1928, Rudolf Smend publicou o seu livro *Constituição e Direito Constitucional* (*Verfassung und Verfassungsrecht*), em que a "Teoria da Integração" era apresentada como alternativa ao positivismo jurídico. Smend desenvolve uma Teoria da Constituição, tornando a Constituição o ponto de referência, no lugar da tradicional Teoria Geral do Estado.

Do conceito de Constituição elaborado por Smend, podemos perceber que o aspecto relevante não é o da normatividade da Constituição, mas sua realidade integradora, permanente e contínua.

A Constituição é uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios e ao se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal.

Em suma, na atualidade que a simples existência de uma constituição escrita, posta como consolidação de dispositivos de poder constituinte, é insuficiente para que se faça válido e eficaz seu papel de regulamentar as relações sociais e políticas. Por isso, as constituições modernas somente poderão ser consideradas válidas quando realizadas efetivamente, ou seja, quando a atuação dos indivíduos corresponder àquilo que a norma determinou.

Ora, para que isso aconteça, faz-se necessária, por parte de todos os cidadãos, uma interpretação valorativa e sistemática dos princípios basilares da Lei Fundamental, de modo que seu significado originário seja atualizado de acordo com o momento social. A norma deve ser apreendida em toda a sua abrangência.

Não obstante, sabemos que muitas Constituições já vigentes, embora tenham vindo enfatizar a questão da cidadania, alcançando seu verdadeiro conceito de ensinar o poder de todos (e de cada um) de desfrutar dos bens disponíveis à sociedade; de compreender que aquilo que é denominado bem comum está ao alcance de todos, não apenas de algumas pessoas que possuem e mantêm direitos, ainda não conseguiram alcançar sua total efetividade diante da inexistência de correlação entre a realidade e o texto jurídico.

Para tal fim é preciso, aquilo que Hesse denominou de “vontade de Constituição”, como pressuposto básico para que se possa falar em força normativa.

É exatamente dessa “vontade de Constituição”, através qual a carta Magna de da maioria dos países democráticos do novo milênio (mesmo com inúmeras emendas constitucionais), tem se fortalecido para galgar sua plena eficácia, contribuindo, inclusive para o regime democrático.

A constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição.

Importante lembrar que todos nós somos responsáveis pelo fracasso ou sucesso dessa tarefa, pois aqueles, responsáveis pela ordem constitucional, são indicados por nós. O futuro do nosso Estado e do fortalecimento da força normativa da constituição, portanto, está em nossas mãos.

## **6.2. A reconstitucionalização e mutação de Status da Constituição ao longo do século XX**

Ao estudarmos o tema percebemos que uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX, iniciado após a segunda Guerra Mundial na Alemanha e

após na Itália, passando mais tarde por Portugal e Espanha, foi à atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica, superando-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.

Vale dizer, nessa época, a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, de forma que ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Consequentemente, foi o estudo passado para um nível em que se deveria reconhecer a Constituição com peculiar força normativa, de caráter vinculativo e obrigatório quanto as suas disposições e princípios.

Vale dizer: as normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade, atributo de todas as normas jurídicas, sendo certo que a sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado.

A propósito, cabe consignar, apenas por amor ao debate, que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata, cabendo à Constituição dos países de origem democrática, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada constante das posições da época da primeira metade do século XIX, isto é, nos períodos anteriores a 1945.

## VII- A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 7.1. Jurisdição Constitucional. Conceito e função

A constitucionalização pelo até então desenvolvido representa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico positivo, de tal forma, que a compreensão e afirmação de que a Constituição é a Lei Maior do ordenamento jurídico qualificada de normatividade e eficácia jurídica, somente foi construída através da Jurisdição constitucional, ou seja, através da dicção do direito constitucional na solução dos conflitos sociais existentes através da aplicação de sua exata concepção, normas e princípios, sejam eles implícitos ou expressos.

É claro que tal afirmação somente é possível diante das raízes de soberania popular que deu origem a premissa de que a Constituição representa e exprime a vontade do povo e por isso deve prevalecer sobre as leis que com ela sejam incompatíveis, fruto do poder derivado.

Ora, tal atividade, somente foi e é possível, através da hermenêutica constitucional e do mecanismo do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, que por sua vez pode se exteriorizar, de acordo com o ordenamento constitucional de cada país, através dos instrumentos da aplicação direta da constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis, a interpretação conforme a constituição para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral, a declaração de constitucionalidade nos países em que exista.<sup>37</sup>

Assim cabe ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito ( jurisdição) afirmar a supremacia da Constituição, negando aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional.

Friso, de toda sorte e apenas por amor ao debate, que outra linha de pensamento, fulcrada na realidade mais complexa de uma nova interpretação jurídica, vem legitimando o desempenho do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos sob o fundamento de preservação das condições vitais para o funcionamento do Estado democrático, cabendo,

---

<sup>37</sup> No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida amplamente pelos juízes de primeiro grau, Tribunais e Supremo Tribunal Federal, já que todos fazem uso da interpretação constitucional. Verificamos que de acordo com o sistema adotado- controle incidental e difuso-, é possível, que o juiz ao sentenciar, se recuse a aplicar determinada lei ou ato normativo que considere inconstitucional.

assim, ao juiz constitucional, assegurar os valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação, o que ao meu ver, é perigoso, dado ao exato limite que se deve ter em mente acerca daquilo que é matéria constitucional ou política em sentido estrito, pois se de um lado a Constituição protege os direitos fundamentais determinando a adoção de políticas públicas aptas a concretizá-las, de outro lado, também, atribui as decisões sobre o investimento dos recursos e opções de políticas públicas a serem perseguidas de acordo com critérios de conveniência e oportunidade aos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, a fim de não subtrair e burlar por via oblíqua o princípio da separação dos poderes, que deve ser observado com harmonia, vem sendo desenvolvido em diversos Colóquios estudos no mundo inteiro no sentido de se estabelecer a observância de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.

Todavia nosso trabalho não se destina ao desenvolvimento e aprofundamento deste tema.

## **7.2. A expansão da Jurisdição Constitucional e sua evolução histórica**

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral.

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição.

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado.

A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental de tal forma que a tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961).

No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982), também na Bélgica (1984) e nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em

países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993).

O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, sendo a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988.

A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.

De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.

### **7.3. O papel do Judiciário diante do novo paradigma do Estado Democrático**

Como podemos perceber o papel do Judiciário no cenário do constitucionalismo moderno é de suma importância, pois em geral, tem ele não só a missão de adequadamente interpretar a Constituição, assim como, suas normas e princípios, como também, o de torná-la efetiva. Vale dizer, velar pela sua merecida eficácia normativa diante dos demais atos normativos frente a abusos a fim de realmente se garanta o equilíbrio social e a estabilidade

jurídica evitando, assim, a lesão dos direitos fundamentais da “pessoa” humana e seus reflexos.

Na verdade, assume o Judiciário o papel, de através de seus órgãos de atuação, e em especial as cortes constitucionais e os tribunais constitucionais, a missão de resguardar o prestígio e a eficácia da Constituição de modo a contribuir com o processo democrático, promovendo a observância dos valores e princípios constitucionais de modo a superar o *déficit* de legitimidade quanto aos demais Poderes Instituídos, sem contudo, desqualificar sua própria atuação ou praticar abusos ou ainda, se atuar politicamente ao invés de juridicamente, já que não constitui sua missão por excelência.

Devemos, ainda registrar, que ainda naqueles países em que a democracia não é genuína ou enraizada, o Judiciário, através dos Tribunais, deve pautado na Constituição servir de garantidor da estabilidade institucional, ordem pública e equilíbrio social.

Em suma, fundamentalmente, sob a influência do constitucionalismo moderno, atualmente, o Judiciário, assumiu, através do longo da história, o dever-poder de resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, além da estabilidade institucional.

Contudo, não podemos olvidar, que se trata de missão árdua e pouco compreendida, diante da disfuncionalidade do Judiciário, presente ainda em alguns países como no Brasil, além da crise de legitimidade do Legislativo e Executivo, fato público e notório nas variadas manchetes mundiais, exigindo, por isso, dos operadores do Direito, como Juízes, advogados e outros a ousadia, coragem e razoabilidade de não só compreenderem o verdadeiro papel da Constituição, como também, de fazê-la valer de forma eficaz e útil, pois só assim, construiremos uma sociedade mais humana, solidária, responsável e desenvolvida, mais igualitária e justa.

#### **7.4. A nova Hermenêutica Constitucional e a Filtragem do Direito**

Para compreendermos o nova hermenêutica constitucional e a filtragem do direito, é preciso deixar claro que a interpretação constitucional constitui uma das modalidades de interpretação jurídica que contribui para a compreensão natural de que a Constituição como norma que é, possui força normativa.

Conseqüentemente, se entendemos que ela é uma norma jurídica, do mesmo modo, somos forçados, através de um raciocínio lógico, a reconhecer que todas as normas,

inclusive as constitucionais são jurídicas e como tais, dotadas de seus atributos, dentre eles, o eficácia.

Tal fato explica que na seara da interpretação constitucional adotamos também os elementos e raízes básicas da interpretação do Direito, porém, hodiernamente, conjuntamente com nos ingredientes que nos permitem solucionar casos que aparentemente não possuem soluções, principalmente, porque ao Judiciário, no exercício de sua atividade principal, qual seja, o de no caso concreto dizer do direito, não é possível a alegação ou escusa de que não pode resolver tal ou qual litígio por desconhecimento ou falta de lei no ordenamento pátrio. Vale dizer, a ele cabe dizer a última palavra ainda que haja lacuna no ordenamento, e para tanto deve se socorrer das fontes diretas e indiretas integradoras do Direito. Logo, deve, querendo ou não, produzir uma resposta, útil, razoável e de bom senso diante do quadro apresentado, na qualidade de devedor que é dessa missão que a soberania popular lhe outorgou e confiou.

Com efeito, a nova hermenêutica exige a evolução daquele sistema tradicional de interpretação para adoção de um mecanismo que realmente produza a resposta adequada aos problemas jurídicos, hoje cada vez mais complexos, e para tanto é preciso não só a conjugação dos métodos interpretativos usualmente utilizados, como também, a noção de que o papel do juiz nessa perspectiva foi modificado.

Isto é, deixou ele de analisar topicamente os fatos relevantes, exercendo uma função simplista e técnica de conhecimento, para tornar-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador omissor, ao fazer valorações de sentido para as chamadas “clausulas abertas” a fim de realizar escolhas entre as soluções possíveis sempre com o fito de permitir que o jurisdicionado consiga efetivar seu direito ante a omissão legislativa, principalmente, quando se tratar de direito fundamental que esteja intimamente ligado ao prestígio do princípio da dignidade da pessoa humana.

É claro que não podemos deixar de consignar, a existência da inegável e expressiva resistência quanto a utilização dessa nova técnica de hermenêutica pela grande maioria dos juristas e doutrinadores.

Contudo, sabemos, a partir da história já demonstrada, que muitos casos em que o legislador permaneceu inerte prejudicando o exercício de certos direitos fundamentais do cidadão, dentre eles, os sociais, somente obteve fim quando a ousadia e a coragem do Judiciário ao criar soluções concretas, impulsionaram a saída da sonolência profunda do Legislador que acabava por legislar, realizando assim a suas tarefa.

## VIII- CONCLUSÃO

O novo Direito Constitucionalismo desenvolveu-se na Europa ao longo da segunda metade do século XX, muito embora na América tal fato já tenha ocorrido em momento anterior.

Historicamente na Europa continental o novo direito constitucional nasceu a partir do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, sendo certo que foi a Lei Fundamental de Bonn ( Constituição da Alemanha de 1949) a principal fonte inspiradora do neo-constitucionalismo juntamente com a criação do Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951, fecundando, portanto, o início de uma produção teórica e jurisprudencial responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica.

Certo é que a segunda referência histórica de relevante destaque foi a Constituição da Itália de 1947 e a subsequente implantação da Corte Constitucional em 1956.

Ato contínuo, somente ao longo da década de 70 que a redemocratização e a reformulação constitucional ocorreu em Portugal, ou seja, em 1976 e em 1978 na Espanha.

Dessa forma o marco histórico da reconstitucionalização da Europa, se deu imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da metade do século XX quando redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, já que as idéias de aproximação do constitucionalismo e de democracia produziram uma nova forma de organização política, qual seja, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático e assim por diante, florescendo importantes conquistas na seara da afirmação dos direitos fundamentais e em especial no que diz respeito ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O neo-constitucionalismo foi germinado através de um ambiente filosófico pautado no pós-positivismo, tendo como mudança de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da normatividade da Constituição , além da expansão da jurisdição Constitucional e a elaboração das diferentes vertentes de uma necessária interpretação constitucional com o fito de potencializar o equilíbrio que deve haver entre a supremacia constitucional, interpretação judicial da constituição e o processo democrático.

Dessa feita, visivelmente, ocorreu o que o Doutor Professor Jorge Miranda, menciona em sua literatura: “Uma verdadeira revolução Copernicana do Constitucionalismo”

que somente foi e é possível graças a expansão da Jurisdição Constitucional e as novas técnicas de hermenêutica e filtragem constitucional.

Certamente, que procuramos focar neste breve relatório a importância da nova perspectiva da Constituição frente ao seu relacionamento com os demais atos normativos, dentre eles, leis, decretos, regulamentos, pois que hoje, atinge ela o centro da gravitação jurídica de modo que todas as demais produções legislativas e executivas devem girar ao seu redor a fim de não conflitar com seus princípios, valores e normas, sob pena de o fazendo ser expurgado do ordenamento jurídico através dos mais variados sistemas e formas de controle da constitucionalidade implantadas nas legislações mundiais, fato que não ocorrida antes de 1945.

Portanto somente nos resta dizer que "Ontem estávamos a mercê das leis infraconstitucionais e Códigos, ou mais precisamente, da lei ordinária diante do primado do Legislativo, porém hoje, conquistamos o lugar e a Supremacia da Constituição", que a toda evidência garante a ordem social, o equilíbrio e a afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Essa foi a grande mutação do Direito Constitucional rumo ao denominado neo-Constitucionalismo ou Constitucionalismo Moderno atualmente necessário ao novo Estado Democrático de Direito.

## IX- BIBLIOGRAFIA

1-ALEXY, Robert, Teoria de los derechos fundamentales, 1. ed. 3ª. Reimp.Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

2-ASCENSÃO, José de Oliveira, O direito: Introdução e teoria geral: uma perspectiva lusobrasileira, Coimbra, Almedina, 1996.

3-BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org). **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

4-BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: Sampaio, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

5-BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In:

6-CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

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

8-CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

9-DUARTE, Fernanda; Vieira, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

10-FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

11-HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo : Max Limonad, 2002.

12-Locke, John. Segundo Tratado sobre o Governo. São Paulo: Martin Claret, 2002.

13- MIRANDA, Jorge, **Perspectivas constitucionais**. Lisboa : Coimbra Editora, 1996.

-Manual de Direito Constitucional, 2 ed. Coimbra, 2007, t.2.

-Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

14-MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. vol. 6, jul./dez. 2005.

- 15-MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2006.
- 16-MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho de um direito civil constitucional”. In: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1993.
- 17-MONTESQUIEU, O Espírito das Leis, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982,
- 18-ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. In: **Revista CEJ**. vol. 01, n. 03, Brasília : CJF, 1997.
- 19-ROUSSEAU, O Contrato Social.
- 20-STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica- Uma nova Crítica do Direito, 2. ed.Rio de Janeiro, Forense. 2003.
- 21-SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2003.
- 22-TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. Tratado sobre o Governo.
- 23-. Cf. A propósito, Maurizio Fioravanti. Constitución – da la Antigüedad a Nuestros Días. Madri: Trotta, 2001, pp. 73 e ss.
- 24- Comentário do Ministro Cezar Peluso em voto proferido na ADI3.367 (DJ 17.3.2006).
- 25-Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1979.
- 26- Roberto Blanco Valdés, El Valor de la Constitución. Madri, 1998, p. 252,

## X- ANEXO

**Fichamento: HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição. Tradução de**

**Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.**

I- Hesse se contrapõe às concepções de Lassalle, e busca demonstrar que o desfecho do conflito entre os fatores reais de Poder e a Constituição não necessariamente implica na derrota desta. Existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar sua força normativa. Apenas caso estes pressupostos não sejam satisfeitos é que as questões jurídicas podem se converter em questões de poder .

II- Apesar de reconhecer o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, Hesse enfatiza o aspecto da vontade de Constituição. A Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral (especialmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional), não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

III- Para Lassalle, as questões constitucionais não são jurídicas, mas políticas, onde os fatores reais do poder formam a Constituição *real* do país. Ou seja, esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – nas palavras de Lassalle, não passa de um pedaço de papel. De certa forma, esse pensamento existe até hoje. Desse modo, o poder da força seria sempre superior à das normas jurídicas, onde a normatividade se submeteria à realidade fática. Isto levaria à conclusão de que a condição de eficácia da Constituição, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar (9-10).

IV- Isto significaria a própria negação da Constituição jurídica, de modo que o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, e teria apenas a mísera função de justificar as relações de poder dominantes. Para que essa doutrina possa ser afastada, é preciso admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão consiste em determinar se ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do Direito Constitucional – força normativa da Constituição (11).

V- Para responder esta questão, deve-se levar em conta três fatores:

- 1- O condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social;
- 2- Os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica;

### 3- Os pressupostos de eficácia da Constituição.

VI- Ordenação e realidade devem ser consideradas em sua relação, em seu contexto e em seu condicionamento recíproco. Para quem apenas contempla a ordenação jurídica, a norma ou está em vigor, ou derogada. Já para quem só leva em conta a realidade política e social ou não consegue perceber o problema em sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica .

VII- Tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt, percebe-se o isolamento entre realidade e norma, entre ser e dever ser. Deve-se encontrar um caminho entre a realidade despida de qualquer elemento de normatividade, de um lado, e a normatividade esvaziada de qualquer elemento de realidade, de outro.

VIII- A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside em sua vigência, onde a pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização. Apesar disto, constitui um elemento autônomo em relação à estas condições .

IX- A Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela. Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas .

X- “Constituição real” e “Constituição jurídica” condicionam-se mutuamente, mas não dependem simplesmente uma da outra. A Constituição adquire força normativa conforme realiza sua pretensão de eficácia. Nesse contexto cabe analisar as possibilidades e limites de sua realização .

XI- Somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. [...] se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital.

XII- A natureza peculiar e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição definem-se simultaneamente. A norma constitucional só atua se busca construir o futuro com base na natureza singular do presente. Mas a força normativa da Constituição não reside somente na adaptação inteligente a uma dada realidade. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem .

XIII- Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável,

que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside também na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se ainda na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

XIV- Os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Enunciaremos abaixo os principais requisitos:

XV- Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Deve também a Constituição mostrar-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes (sociais, políticas, econômicas, e principalmente as referentes ao estado espiritual de seu tempo). Por fim, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político- social. Deve, então, incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Pois caso a Constituição ultrapasse os limites de sua força normativa, a realidade haveria de pôr termo à sua normatividade, derogando os princípios que ela buscava concretizar.

XVI- O desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende, como dito, só do conteúdo da Constituição, mas também de sua práxis. A concepção de vontade de Constituição deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional. O comprovado respeito à Constituição é fundamental, sobretudo naquelas situações onde sua observância revela-se incômoda (exemplo: sacrifica-se um interesse, ou alguma vantagem justa em favor da preservação de um princípio constitucional).

XVII- Também é perigosa para a força normativa da Constituição a tendência para a freqüente revisão constitucional, que abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação deve levar em conta as condicionantes dadas pelos fatos concretos da vida, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. Mas ao mesmo tempo em que a mudança das relações fáticas deve provocar mudanças na interpretação da Constituição, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer proposição normativa. Se o sentido de uma proposição normativa não é mais realizável, a revisão constitucional faz-se inevitável.

XVIII- Em suma, a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica; somente se esta é levada em conta a pretensão de eficácia da Constituição pode se realizar. Graças ao elemento normativo, a Constituição ordena e conforma a realidade política e social – não é simplesmente a expressão de uma dada realidade. Através da correlação entre ser e dever ser é que se dão as possibilidades e os limites

da força normativa da Constituição. Desse modo, a Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade.

XIX-A efetividade dessa força normativa depende da amplitude da convicção acerca da inviolabilidade da Constituição (vontade de Constituição). Quanto mais intensa for à vontade da Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. Contudo, a vontade da Constituição não é capaz de suprimir esses limites, aos quais a Constituição deve se conformar. Desse modo, a Constituição não configura simples pedaço de papel, tal como afirma Lassalle.

XX- Em caso de conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Apenas quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder .

XXI- A força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. Compete ao direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa . Pois a resposta à indagação sobre se o futuro de um Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição .



