



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM DIREITO**

**ELIADE BEZERRA DUARTE FILHO**

**A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CRISE DE LEGITIMIDADE EM DECISÕES DE  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF**

**FORTALEZA  
2015**

ELIADE BEZERRA DUARTE FILHO

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CRISE DE LEGITIMIDADE EM DECISÕES DE  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Monografia de Conclusão de Curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Msc. William Paiva Marques  
Júnior.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

---

D813s

Duarte Filho, Eliade Bezerra.

A separação dos poderes e a crise de legitimidade em decisões de controle de constitucionalidade no STF / Eliade Bezerra Duarte Filho. – 2015.

63 f. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Legitimidade (Direito). 3. Controle da constitucionalidade - Brasil. 4. Hermenêutica (Direito) - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 342.81

ELIADE BEZERRA DUARTE FILHO

A SEPARAÇÃO DE PODERES E A CRISE DE LEGITIMIDADE EM DECISÕES DE  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF

Monografia de Conclusão de Curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 16/12/2015.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dra. Theresa Rachel Couto Correia  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Mestranda Catherine Rebouças Mota  
Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza (FAMETRO)

A Deus, meu tudo em todo tempo.

À minha família, quem me sustenta, apoia e ama em tudo que faço, especialmente na realização dos meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por ter ressuscitado em mim o sonho de cursar Direito, e ter-me dado o privilégio de fazê-lo em uma Universidade Federal, inicialmente em Salvador, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, quando passei no primeiro vestibular para o curso de Direito Noturno daquela instituição, iniciando os estudos no começo de 2009 e, posteriormente em Fortaleza, onde realizei a maior parte do curso, aqui vindo a terminá-lo.

À minha família, especialmente meus pais, que me dedicaram incansável incentivo e suporte, sempre que necessário; à minha noiva, pela paciência e apoio; ao meu avô Valdemar, *in memoriam*, de quem aprendi desde cedo lições preciosas de honestidade, integridade e hombridade, valores cada vez mais raros em nossa sociedade; e ao meu tio-avô Alfredo Alves Filho, Juiz de Direito aposentado, minha primeira e mais forte fonte de inspiração para buscar essa área de formação.

Ao Professor Msc. William Paiva Marques Júnior pelo apoio e orientação deste trabalho, sem os quais o mesmo não teria obtido sucesso.

Aos demais membros da banca, Professoras Theresa Rachel Couto Correia e Catherine Rebouças Mota, cujas recomendações tornaram melhor este trabalho, ademais de sua disponibilidade e desprendimento profissional.

A muitos dos professores desta casa, e também da Universidade Federal da Bahia onde iniciei meus estudos, pelo profissionalismo inspirador, pela dedicação abnegada, pela paciência inclusive quanto às minhas muitas perguntas e intervenções, por vezes até inapropriadas.

Aos demais colegas e amigos que direta ou indiretamente contribuíram não apenas para minha formação acadêmico-profissional, mas para levar-me a ser, ainda que pelas divergências e discussões apaixonadas, um melhor aluno, profissional, cidadão e homem.

“A democracia é a pior forma de governo,  
salvo todas as demais formas que têm sido  
experimentadas de tempos em tempos” –  
Winston Churchill

## RESUMO

Perquire-se o princípio da separação de poderes, do aspecto da legitimidade das decisões de controle de constitucionalidade, e do cenário de crise que se apresenta para aquele quando o Poder Judiciário extrapola o exercício da sua competência, invadindo a esfera de atribuições do Poder Legislativo. A metodologia utilizada foi de revisão textual da doutrina sobre os diversos temas em estudo, com a análise pessoal do autor sobre cada um deles isoladamente, e os associando entre si, com recorte epistemológico nas decisões judiciais de controle de constitucionalidade, pois é neste âmbito que ocorre a maior parte das decisões de controle, bem como é nelas onde o princípio da separação de poderes tem enfrentado as mais sérias limitações, Por fim, a título de sugestão, foram elencadas algumas iniciativas que permitiriam, a princípio, a minimização desse problema, bem como garantiriam maior respaldo democrático às referidas sugestões, ou seja, sua legitimidade popular.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Legitimidade. Controle de constitucionalidade. Teoria do Estado. Hermenêutica jurídica e constitucional.





## RESUMEN

Esta monografía se ocupa del principio de separación de poderes, el aspecto de la legitimidad de la revisión judicial de las decisiones, y el escenario de crisis que se presenta cuando el poder judicial va más allá del ejercicio de sus competencias, invadiendo la esfera de las responsabilidades del Poder Legislativo. La metodología utilizada fue de revisión textual de la doctrina sobre los diferentes temas objeto de estudio, con el análisis personal del autor acerca de cada uno de ellos en separado y asociados, con corte epistemológica en las decisiones judiciales de revisión judicial, ya que es en este contexto que se produce la mayoría de las decisiones de revisión, y es en ellas donde el principio de separación de poderes ha enfrentado las limitaciones más graves. Por último, como una sugerencia, se enumeran algunas de las iniciativas que permitirían, en un primer momento, minimizar este problema, y garantizaría un mayor apoyo democrático a tales sugerencias, a saber, su legitimidad popular.

**Palabras clave:** Separación de poderes. Legitimidad. Revisión judicial. Teoría del Estado. Hermenéutica jurídica y constitucional.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>SEPARAÇÃO DE PODERES, ASPECTOS HISTÓRICOS E SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL .....</b>	<b>11</b>
<b>3</b>	<b>LEGITIMIDADE, CONCEITO E PROBLEMÁTICA .....</b>	<b>20</b>
<b>4</b>	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>30</b>
<b>5</b>	<b>A CRISE DE LEGITIMIDADE EM DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>40</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>57</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>



## 1 INTRODUÇÃO

“A democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos”<sup>1</sup>. A frase historicamente atribuída ao primeiro-ministro britânico ao tempo da segunda guerra mundial Winston Churchill não poderia ser mais atual na conjuntura político social brasileira de hoje, que lembra bastante o cenário devastador de então, com “bombardeios” diários promovidos pelos diversos poderes, uns contra os outros e às vezes com muito “fogo amigo”, o poder corroendo-se por dentro, causando direta ou indiretamente muitas “baixas” nos “*fronts*” da saúde pública, educação, segurança, em áreas carentes de investimento social, violência talvez menos explícita que a de uma guerra real, mas cujos resultados têm sido mais perenes por se perpetuarem por gerações, ao invés de cessarem após um tratado de paz, onde os escombros não serão recolhidos, os corpos permanecerão insepultos, as famílias continuarão destroçadas e as histórias muitas vezes irremediavelmente perdidas, sem conserto, sem futuro. Pior porque nela, especialmente no nosso país, podemos ver os males que o sistema de freios e contrapesos (ou da maneira como ele foi construído historicamente no Brasil) de que depende uma justa separação de poderes (ou de facetas do poder) tem ocasionado no sistema político, jurídico e social.

Os poderes, embora não sendo estanques, dependem e colaboram entre si de maneira dinâmica para a manutenção da paz social, para o desenvolvimento da nação, para a redução das desigualdades regionais e erradicação da miséria, como decorrência do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, bem como dos artigos segundo, terceiro e quarto, principalmente (sem prejuízo dos demais).

A ideia do presente trabalho, portanto, parte do reconhecimento inicial da problemática experimentada no ambiente político que envolve as decisões de controle de constitucionalidade. Em etapas, será visto um breve histórico da separação de poderes, especialmente como esse sistema se incorporou ao ordenamento jurídico pátrio e seu desenvolvimento através das várias constituições que o Brasil teve, e o momento atual; semelhantemente, o conceito de legitimidade e a sua problemática, de maneira resumida, o que necessariamente passa por uma análise interpretativa, ou melhor, por um estudo hermenêutico, uma vez que nela, na legitimidade, encontra-se um dos dois pilares desse estudo (separação de poderes, sendo a primeira, e legitimidade a segunda); o controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, semelhantemente em seu aspecto histórico, sua

---

<sup>1</sup> CHURCHILL, Winston. Londres: Casa dos Comuns, 11 nov. 1947. Discurso na Casa dos Comuns.

aplicação nos três poderes, analisando ainda os aspectos políticos necessariamente implicados em sua realização; a crise de legitimidade nas decisões de controle de constitucionalidade, talvez em decorrência do sistema atual de separação de poderes, ou em face desse sistema, onde os diversos poderes extrapolam de suas competências, manipulam arbitrariamente regimentos internos, leis e até a própria Constituição de modo a fazer valer um ponto de vista, uma opinião, uma “ideologia” (dificilmente seria encontrada uma verdadeira ideologia, considerando o ambiente fisiológico do cenário político nacional, mas inicialmente tratar-se-á dessa forma), elencando os cenários em que o controle de constitucionalidade é legítimo (em sentido amplo), e maneiras pelas quais essa legitimidade pode ser ampliada ou convalidada; e, finalmente, considerações finais sobre o que se espera à luz desses problemas, se haveria possíveis soluções de cunho prático, tendo em vista algumas experiências de controle operadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

No aspecto metodológico, foi aplicada uma dialética com base em revisão bibliográfica sobre os temas que compõem os quatro capítulos, quais sejam separação de poderes, legitimidade, controle de constitucionalidade, e o último que procura unir os capítulos anteriores apresentando problemas que merecem uma análise própria.

Ademais de livros de autores consagrados em cada área, dicionários jurídicos e sítios da Internet, foram utilizados ainda diversos artigos científicos que retrataram facetas específicas dos temas abordados, ou mesmo apresentaram problemas diferentes ou retratados sob novas perspectivas.

Finalmente, como exemplos dos referidos problemas, foram mencionadas algumas decisões de controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a ilustrar a pesquisa realizada, e a opção argumentativa escolhida.



## 2 SEPARAÇÃO DE PODERES, ASPECTOS HISTÓRICOS E SEU DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

Montesquieu, em sua obra clássica “O Espírito das Leis”<sup>2</sup>, faz um levantamento histórico sobre o processo legislativo, além de um estudo sobre os diversos tipos de governo, e, em ambos os casos, reflete sobre o poder<sup>3</sup>, seu exercício e como se estrutura. Nesse particular, ele afirma que os antigos (os gregos) não conheciam uma forma de governo cujo titular não fosse ele mesmo detentor dos “poderes”<sup>4</sup> Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>5</sup>, sendo que os governos que tinham experimentado dividir o poder entre mais de um titular (dois reis, por exemplo, cada um exercendo determinados aspectos do poder; ou mesmo a população, responsável pela elaboração das leis, enquanto o príncipe executava e julgava) tinham sido fadados ao fracasso<sup>6</sup>.

Ainda segundo o autor, em Roma<sup>7</sup>, inicialmente, o poder era distribuído à forma dos gregos, passando por sucessivas evoluções em que ora este era dividido entre o rei, o Senado, o povo e os magistrados, ora era mais concentrado na figura do próprio rei (quando o governo era mais autocrático), e, por fim, passando a uma condição de maior representatividade democrática, onde o povo participava ativamente nas decisões, seja elaborando as leis diretamente, seja aprovando as deliberações do Senado, processo devidamente regulamentado e limitado (encontra-se aqui o embrião do sistema de freios e contrapesos conhecido hoje, embora de maneira incipiente). Ao Senado cabia muitas das funções hoje entendidas pertencentes ao Poder Executivo, enquanto o Poder Judiciário era dividido por competências, entre o povo, o próprio senado, os reis, e os magistrados. Na capital do Império<sup>8</sup> reinava a liberdade e a democracia (a sua maneira); nas bordas, de outro

---

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>3</sup> Para Kelsen, o poder é o terceiro elemento constitutivo do Estado, sendo os demais o povo e o território, sustentando que a unidade do poder é tão essencial quanto a unidade do povo e do território, do qual a soberania é a característica definidora. Nesse sentido, o poder é a validade e a eficácia da ordem jurídica. Por outro lado, quando se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 364-365.

<sup>4</sup> Ou funções estatais, conforme MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, pp. 180-181.

<sup>6</sup> Cabe aqui, portanto, um esclarecimento de que o autor reconhece em Aristóteles e nos governos de cidades gregas de então a existência de separação de poderes, embora não na divisão que ele estabelece (Executivo, Legislativo e Judiciário, com esferas de atuação relativamente bem delimitadas), onde as diversas atribuições e responsabilidades dos três poderes, como afirmado, estavam divididas entre organismos diferentes, os quais acumulavam funções que pertenceriam a um poder em particular ou a mais de um deles.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, pp. 182-196.

<sup>8</sup> Império e, posteriormente, república, conforme o autor.



modo, reinava a tirania, exibindo uma inconstante demonstração de exercício de poder, não uniforme em toda a extensão do seu domínio.

Para Ives Gandra da Silva Martins<sup>9</sup>, contudo, as bases da teoria da separação de poderes, antes de serem estabelecidas e desenvolvidas por Montesquieu, Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel e Rousseau, já haviam sido criadas no aspecto filosófico na Grécia, e no aspecto jurídico em Roma, sendo posteriormente apenas sistematizadas, ou aperfeiçoadas, de modo a chegar-se a uma tripartição equilibrada<sup>10</sup> de poder.

Analisando o pensamento dos antigos, e dos iluministas, em que pese a semelhança de algumas de suas propostas para a separação de poderes, há uma diferença essencial entre eles, qual seja que os primeiros (notadamente Aristóteles) possuem uma visão otimista sobre a natureza e o comportamento do cidadão no exercício ou titularidade do poder (ou de alguma de suas realizações), enquanto que os últimos, ao contrário, percebem o exercício do poder político como sujeito a arbitrariedades e naturalmente centralizador. Segundo Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho:

...é sobre essa significativa distinção entre as formas de visualizar o legítimo exercício do poder político, passando pela análise da difícil relação entre ética e política, que se aventa a hipótese da propalada crise da separação de poderes do Estado e de suas consequências na atividade político-jurisdicional dos agentes públicos na realidade brasileira<sup>11</sup>.

Leciona o autor que o constitucionalismo que surgiu no esteio das revoluções americana e francesa do século XVIII elevou a doutrina (racionalista, de vertente iluminista) da separação de poderes a cânone indispensável das constituições de então, consolidando-se como condição para o exercício legítimo do poder nas democracias modernas. Além disso, em particular no movimento constitucional nascido da revolução americana, entende-se que a melhor aplicação da teoria da separação de poderes leva necessariamente em consideração um sistema de limitação do poder legislativo, por meio de freios e contrapesos<sup>12</sup>, no que difere dos movimentos constitucionais inglês e francês.

---

<sup>9</sup> MARTINS *apud* MORAES, *op. cit.*, pp. 423-424.

<sup>10</sup> Um equilíbrio teórico atingido por meio de mecanismos como o sistema de freios e contrapesos, em que pese fenômenos como o hiperpresidencialismo, o parlamentarismo, e o ativismo judicial, que empoderam respectivamente o poder executivo, o legislativo e o judiciário, frente aos demais poderes. As constituições mais democráticas delimitam os poderes com atribuições e competências que coexistem num equilíbrio dinâmico, com o fim da realização do bem social.

<sup>11</sup> CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Montesquieu e a Releitura da Separação de Poderes no Estado Contemporâneo: Elementos para uma Abordagem Crítica**. *Revista Lex Humana*, Petrópolis, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009. Disponível on-line em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21>>. Acesso em: 08/10/2015, p. 45.

<sup>12</sup> *Checks and balances*.

Para J. J. Gomes Canotilho<sup>13</sup>, o conceito ideal de Constituição e Estado Constitucional identifica-se com os postulados políticos liberais, considerando-se como elementos materiais: 1) a Constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade<sup>14</sup>; 2) ela contém os princípios da separação de poderes; e 3) a Constituição deve ser escrita. O Estado Constitucional, portanto, é aquele cujo ordenamento jurídico está baseado num documento escrito, garantidor das liberdades e limitador do poder mediante o princípio da divisão de poderes.

Esse conceito está de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 16 afirma que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”<sup>15</sup>.

Nesse sentido, as características do Estado Constitucional com divisão de poderes<sup>16</sup> são: garantia institucional da independência e segurança pessoal do juiz; separação institucional entre Legislativo e Executivo; princípio da reserva da lei em matéria de liberdade e propriedade; sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controle; e controle judicial do legislador através de uma jurisdição constitucional. A ideia constitucional “significa, em síntese, a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos”<sup>17</sup>.

Montesquieu, contudo, na análise de Oscar Godoy Arcaya<sup>18</sup>, não intentava uma separação de poderes estanque, onde cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) estaria responsável integral e exclusivamente pelas funções próprias, ou seja, nenhuma autoridade poderia revogar as decisões das outras, e a todas estaria proibida qualquer relação ou comunicação entre elas.

A separação de poderes, ao contrário, seria relativa, conforme o exemplo do autor, pois: o Poder Legislativo é atribuído ao parlamento, mas o rei tem o direito de veto contra os

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 62-63.

<sup>14</sup> Direitos e garantias de 1ª dimensão.

<sup>15</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. In **Textos Básicos sobre Derechos Humanos**. Madrid. Universidad Complutense, 1973. Tradução: Marcus Cláudio Acqua Viva. *Apud* FERREIRA Filho, Manoel G. *et al.* **Liberdades Públicas**. São Paulo, Saraiva, 1978.

<sup>16</sup> Segundo o autor, existem 5 etapas lógicas ou graus de desenvolvimento de um Estado Constitucional, quais sejam, resumidamente: 1) o Estado de legalidade formal; 2) o Estado do direito material; 3) o Estado de justiça; 4) o Estado Constitucional com divisão de poderes; e 5) o Estado Constitucional parlamentar. Essas etapas não são etapas históricas, tendo se desenvolvido nos países de modo variado. Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> ARCAYA, Óscar Gogoy. **Antología Política de Montesquieu**. *Revista Estudios Públicos*, Santiago de Chile, n. 62, otoño, 1996, p. 345. Disponível on-line em: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1025\\_234/rev62\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1025_234/rev62_godoy.pdf)>. Acesso em: 11/10/2015.

projetos de lei por ele adotados; o Poder Executivo é atribuído ao governo, mas o Poder Legislativo (em um estado livre) tem o direito e a faculdade de examinar como se executam as leis que ele aprovou; bem como não é monopólio do Judiciário as funções jurisdicionais, uma vez que o parlamento também conheceria de causas criminais e aplicaria procedimentos judiciais para julgá-los.

Para Arcaya, portanto, o problema da separação de poderes em Montesquieu tinha como chave a liberdade<sup>19</sup>, de sorte que a liberdade justifica a ideia e a prática de um regime político moderado, ou seja, o tipo de regime onde a mútua ação dos poderes impede o exercício de um poder absoluto. Em suas palavras:

Se trata, en efecto, de darle al poder una determinada configuración, de tal modo que al distribuirlo en órganos diferentes, su ejercicio impida el poder absoluto, garantice una gobernación moderada de la sociedad civil y acote el espacio de las libertades individuales<sup>20</sup>.

Segundo Arcaya, Montesquieu sustenta que o governo da sociedade civil não pode estar a cargo de um órgão simples, mas composto, cuja repartição de poderes permite dar à sociedade meios para que expresse seus interesses variados sem a prevalência de um em particular. De fato, a contenção mútua e a ação de moderação de um poder sobre o outro deve gerar um governo temperado, que segue a linha média aceitável para o conjunto da sociedade civil<sup>21</sup>.

Arcaya conclui seu pensamento ao afirmar que o governo moderado é a síntese de um processo no qual três órgãos diferentes e com funções parcialmente distintas, e graças ao igual poder que detêm de opor-se entre si, podem impedir-se, deter-se, limitar-se mutuamente, e, desta forma, funcionar como uma balança, na qual os pesos e contrapesos se anulam e complementam mutuamente. No entanto, a balança somente adquire seu sentido integral por meio da liberdade, uma vez que o fim pretendido pelo governo moderado é governar somente o necessário<sup>22</sup> para estabelecer um espaço de equilíbrio de forças dentro do qual o indivíduo é livre<sup>23</sup>.

Cabe destacar que para estabelecer-se os limites da separação de poderes, é mister compreender que cada poder ou órgão do poder é dotado de atribuições precípuas, também

---

<sup>19</sup> ARCAYA, *op. cit.*, p. 346.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> Lembre-se, novamente, do ideário modernista das liberdades enquanto direitos fundamentais de primeira dimensão, absentefismo estatal.

<sup>23</sup> ARCAYA, *op. cit.*, p. 349.

chamadas funções típicas, e atribuições secundárias ou adjetivas, denominadas funções atípicas.

Nesse sentido, o Poder Executivo cuida, primariamente, de executar as políticas públicas, o múnus público de dirigir, coordenar, realizar, atividades típicas de gestão, com atribuições correspondentes. No entanto, o Poder Executivo realiza também tarefas atípicas, como por exemplo editar normas regulamentadoras das atividades inerentes aos seus órgãos, ou ainda medidas provisórias (caso do Presidente da República<sup>24</sup>), em pleno exercício da função legislativa, ou mesmo prosseguir ao julgamento de servidores públicos em processos administrativos, ou veto a projetos de leis aprovados pelo Poder Legislativo sob a justificativa de inconstitucionalidade, o que seriam, em tese, atribuições típicas do Poder Judiciário.

Semelhantemente, ao Poder Legislativo cabe inicialmente a função legisladora, ou seja, produzir leis gerais que serão cumpridas por toda a população, mas também, no exercício da função executiva, pode contratar e demitir pessoal, estabelecer orçamento próprio, realizar investimentos em estrutura própria, enfim, administrar seus órgãos, bem como processar e julgar, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade<sup>25</sup>, além de conduzir comissões parlamentares de inquérito de cunho investigativo e caráter sancionatório, entre outras funções judiciárias atípicas.

Por último, o Poder Judiciário é responsável por dirimir conflitos, cuidando do cumprimento da constituição, leis e outras normas, como função típica<sup>26</sup>, mas também editando normas para regulamentar internamente suas atribuições, ou mesmo pelo poder vinculante de suas súmulas ou decisões de controle de constitucionalidade com repercussão geral, como amostra da função legislativa atípica, além de, pela função administrativa, poder gerir seu quadro de servidores e juízes, por exemplo.

A separação de poderes, em que todos os poderes estão subordinados à lei, é a proteção mais eficaz frente ao abuso do poder estatal. Nesse sentido, a importância do sistema de freios e contrapesos como garantidor de moderação e proteção segura para a liberdade e a propriedade contra o excesso e a arbitrariedade da lei<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ou Governador de Estado cuja constituição estadual lhe outorgue essa faculdade, e observados os princípios e limites da CF, conforme ADI 425.

<sup>25</sup> Art. 52, I, com redação dada pela EC 23/1999.

<sup>26</sup> Muito embora cada sentença, como um contrato, opere com força de norma entre as partes, ou seja, o juiz cria, pela sentença, a norma individual, cf. KELSEN, *op. cit.*, pp. 195-197.

<sup>27</sup> “*El procedimiento legislativo, con sus complicados frenos y contrapesos—sistema bicameral del legislativo, gobierno real independiente apoyado en el ejército y la burocracia, sanción real de las leyes, controles y equilibrios federales—, contenía garantías suficientemente fuertes de moderación y una protección suficientemente segura para la libertad y la propiedad, frente a la arbitrariedad y el abuso de la forma de la*

Sendo entendida a lógica por trás da separação de poderes, seus elementos essenciais e desenvolvimento histórico, cabe analisar esse instituto no direito brasileiro.

Inicialmente, o direito pátrio inovou ao trazer à luz, em sua primeira Constituição<sup>28</sup> (1824), como corolário do princípio da separação de poderes não três, mas quatro poderes, juntando-se aos tradicionais acima mencionados o poder moderador, sob influência de Benjamin Constant<sup>29</sup>, com a finalidade de velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos, conforme art. 98<sup>30</sup> da mencionada carta, tendo como titular o próprio Imperador, responsável por dirimir eventuais dúvidas ou apaziguar contendas entre os demais poderes.

Cabe destacar, contudo, que o contexto histórico pós revoluções setecentistas liberais no Brasil Império levou o país a viver uma espécie de absolutismo esclarecido, pois contava com uma Constituição, mas a palavra final cabia incontestemente ao Imperador, não existindo, na prática, uma separação de poderes, que permaneceu apenas em seus aspectos formais e filosóficos na letra morta da Constituição de então.

A primeira Constituição Republicana<sup>31</sup> (1891) trouxe em seu artigo 15<sup>32</sup> a expressão da tripartição de poderes (funções), de forma a serem harmônicos e independentes entre si. A Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 não trouxe alteração a esse paradigma. Permaneceram fieis a esse princípio as constituições de 1934<sup>33</sup>, 1946<sup>34</sup> <sup>35</sup>, e 1967<sup>36</sup>. Também dele não se distanciou a atual constituição de 1988<sup>37</sup>.

ley". Cf. SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Traducción de Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971, p. 30.

<sup>28</sup> Brasil. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>29</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 155-157.

<sup>30</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Cf. BRASIL. Constituição (1824). *Op. cit.*

<sup>31</sup> Brasil. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>32</sup> Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Cf. BRASIL. Constituição (1891). *Op. cit.*

<sup>33</sup> Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Cf. BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>34</sup> Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Cf. BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937<sup>38</sup> não previu expressamente o princípio da separação de poderes, nem poderia, como é notório ocorrer em regimes autocráticos, nos quais há uma concentração dos poderes na figura do ditador, conselho governamental ou partido político (caso de países onde existe um único partido legalmente aprovado, sendo vedado o multipartidarismo). Tratar-se-ia, de outro modo, de ficção político-jurídica. De fato, houve concentração de poderes, ao invés de separação, na medida em que ampliava fortemente as prerrogativas do Presidente da República, como a de governar por decretos<sup>39</sup>.

É interessante constatar, da experiência federalista brasileira<sup>40 41</sup>, que as diversas Constituições que a nação recebeu após a proclamação da República possuíam cláusulas

<sup>35</sup> Exceção feita após a edição do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, que desde o seu preâmbulo delinea os “ajustes” que irá operar, entre outros, na separação de poderes, aumentando-os no executivo às custas da sua diminuição no legislativo. Nesse sentido, *in verbis*: “...decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional”. Cf. BRASIL. **Ato Institucional nº 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>36</sup> Em se tratando de um período de exceção, a constituição de 1967 traz em seu artigo 6º o princípio da separação de poderes: “Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Entretanto, na prática o que se viu em muitos aspectos foi novamente o desequilíbrio da balança em direção ao poder executivo, especialmente após a EC nº 1 de 17/10/1969, que significou praticamente uma nova constituição, na qual foi mantida a mesma redação. Cf. BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>37</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>39</sup> Dentre outros artigos que demonstram a excessiva concentração de poder na figura do Presidente da República:

Art 13 O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: [...]

Art. 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização da Administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas.

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País.

Cf. BRASIL. Constituição (1937). *Op. cit.*

<sup>40</sup> Diferentemente do processo histórico norte-americano, onde as colônias independentes da Inglaterra formaram Estados autônomos entre si, posteriormente unidos em torno de uma confederação, que evoluiu a um ente federativo no qual os Estados guardavam muita liberdade em relação à união federal, o Brasil adotou uma mera transmutação de nomenclatura: de províncias, como eram denominados os estados à época do Brasil império – um regime de poder, à semelhança de Portugal, de caráter unitário, centralizado -, a estados, em clara inspiração

(artigos) resguardando o interesse e a capacidade da União em intervir nos Estados para preservar a separação (independência) e a harmonia dos poderes, o que não deixa de ser algo contraditório.

Concluindo, deve-se analisar a separação de poderes no Brasil sob a conjuntura atual, ao tempo em que se examina um instituto já utilizado no desenvolvimento constitucional pátrio, embora em contexto e com características diferentes, qual seja o Poder Moderador.

Com relação ao Poder Moderador, conforme análise de Bonavides<sup>42</sup>, a sociedade atual vivencia uma crise nas relações dos poderes tradicionais, ao mesmo tempo em que presencia uma interferência cada vez maior de “novos poderes”<sup>43</sup> que pretendem alterar o quadro de equilíbrio proposto ao menos de maneira formal pelo Texto Constitucional.

Esses novos poderes seriam o poder partidário (de alianças e conchavos não movidos por uma ideologia, mas de cunho meramente fisiológico visando interesses particulares e momentâneos de determinados grupos político-econômico-sociais), o poder militar, o poder burocrático, o das elites científicas, da imprensa e meios de comunicação em massa, o poder das categorias profissionais (inclusive servidores públicos), ou ainda de coletivos de pessoas “politizadas” que atuam como grupos de pressão (entre os quais os movimentos ditos sociais) etc.

Nesse cenário, parece interessante o resgate de um quarto poder, moderador, que se mantivesse neutro frente aos demais poderes institucionais e não tivesse o cunho ideológico ou partidário dos chamados “novos poderes”, servindo de árbitro sempre que as competições políticas pusessem em perigo o fundamento das instituições<sup>44</sup> democráticas.

---

do modelo americano. Pesava aqui a influência de Rui Barbosa, discípulo dos federalistas americanos, no meio político-jurídico nacional. Em suas palavras: “Os auctores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de fallar, não eram alumnos politicos de Rousseau e Mably, como o nobre procurador da Republica: eram discipulos de Madison e Hamilton”. Cf. BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 30. Disponível on-line em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224197>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>41</sup> Esse federalismo às avessas, onde a União detém excesso de poder frente aos entes federados, poder político e econômico, entes que se encontram diminuídos em sua autonomia e competência, ajuda a sabotar, em parte, a separação de poderes no país uma vez que a soberania, expressão vertical da separação de poderes, mantida nos estados americanos através de constituições fortes, não carrega esse mesmo peso no âmbito nacional, visto os estados brasileiros manterem, em sede constitucional e desde tempos pretéritos – embora em bem menor alcance e intensidade, forte dependência do ente central – União. Nesse particular, posteriores constituições nacionais diminuíram as liberdades das constituições estaduais na medida em que se tornaram mais abrangentes e minuciosas.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 155.

<sup>43</sup> Não se tratam de poderes propriamente ditos, uma vez que surgem de manifestações populares, ainda que de parcela de servidores públicos como é o caso do poder militar, já que, nesse caso, não representa o Estado. São, portanto, poderes paralelos, em uma analogia à existência de um Estado paralelo, que aqui também deseja impor sua “soberania” - força sobre os súditos do Estado regular de Direito.

<sup>44</sup> Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 155.

Na análise de Bonavides<sup>45</sup> sobre a obra de Benjamin Constant, teórico do Poder Moderador, este seria com relação aos demais poderes como o Judiciário perante o cidadão comum, devendo exercer uma autoridade neutra e intermediária, uma vez que ele não teria interesse em perturbar a ordem, ao contrário, em harmonizá-lo e mantê-lo.

Benjamin Constant<sup>46</sup>, no entanto, teorizou, e o Brasil como tubo de ensaio demonstrou naquele contexto histórico, que o Poder Moderador, no cenário de monarquia absolutista, acaba por transferir todo o poder para a figura do Imperador, que pela Constituição de 1824 não estava sujeito a responsabilidade alguma, restando os demais poderes apenas de fachada já que a palavra final cabia de todo modo ao rei.

Ainda segundo Bonavides<sup>47</sup>, na história do Brasil, especialmente até 1964, o “Poder Moderador” foi exercido, embora de maneira informal, pelo Exército Brasileiro, que auxiliou, como o aquele no período imperial, a manter a estabilidade das instituições e mesmo consolidar a unidade nacional.

Nesse sentido, a existência de um quarto poder – moderador – não deve ser definitivamente descartada, em que pese as deficiências do modelo adotado na prática nacional, uma vez que proporcionaria, no contexto constitucional vigente e no cenário de crise institucional dos poderes mencionado por Bonavides e objeto de constantes matérias jornalísticas, uma neutralidade e imparcialidade nas decisões, colaborando para a independência e harmonia dos poderes, conforme ideal expresso na própria Constituição, possibilitando a minimização ou resolução da referida crise institucional e até mesmo de legitimidade que enfrentam os mesmos.

---

<sup>45</sup> Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 155.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 156-157.



### 3 LEGITIMIDADE, CONCEITO E PROBLEMÁTICA

Para entender-se o porquê de haver atualmente uma crise de legitimidade em decisões de controle de constitucionalidade, é necessário primeiro investigar os diversos sentidos que essa palavra admite, e então, separar aquele ou aqueles que mais dizem respeito ao contexto que se escolheu estudar, e suas possíveis significâncias, ou seja, em que eles (os sentidos) se tornam relevantes para o problema em questão.

Em sua definição etimológica, legitimidade significa:

legitimidade

le.gi.ti.mi.da.de

*sf (lat med legitimitate)* **1** Caráter, estado ou qualidade do que é legítimo ou está de acordo com a razão, com a justiça ou com a lei. **2** Condição daquele ou daquilo que se legitimou. **3** A boa lógica, a coerência ou a racionalidade de alguma coisa. **4** Direito de suceder a um monarca pelo princípio da primogenitura ou pela exclusão legal do primogênito. **5** Partido dos legitimistas. **6** Doutrina política dos legitimistas. **7** Genuinidade. **8** Legalidade. **9** Retidão.<sup>48</sup>

Dos significados usuais, os que mais interessam são: “Caráter, estado ou qualidade do que é legítimo ou está de acordo com a razão, com a justiça ou com a lei”; “Condição daquele ou daquilo que se legitimou”; e “Legalidade”. Não parece haver muita diferença, contudo, entre os significados esposados pelo dicionário comum e alguns jurídicos consultados<sup>49 50</sup>, exceto em Bobbio *et al.*<sup>51 52</sup>, que retrata, ademais dos comuns, significados de cunho sociológico, alinhados ao pensamento weberiano<sup>53</sup>.

Por legítimo, entende-se aquilo que é fundado no direito ou na razão, que tem força de lei, válido perante a lei, verdadeiro, genuíno, autêntico<sup>54</sup>, e, dessa forma, compreende-se a legitimidade como o caráter, o estado, a qualidade, a condição (vê-se que todos são termos ligados a uma essencialidade, ou seja, a “ser” ou “estar”) que algo ou alguém detém que lhe garante um valor de justiça, de racional.

<sup>48</sup> MICHAELIS. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário de Português Online**. Disponível on-line em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=legitimidade>>. Acesso em: 24 set. 2015.

<sup>49</sup> SANTOS, Washington dos. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>50</sup> GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário Compacto Jurídico**. São Paulo: Rideel, 2011.

<sup>51</sup> LEVI, Lúcio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política I**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

<sup>52</sup> Embora seja um dicionário de “política” e não um jurídico propriamente dito, não deixa de apresentar verbetes comuns a ambas as áreas.

<sup>53</sup> Algumas considerações elencadas no verbete foram agregadas a este trabalho, de forma pontual, embora não correspondam a citações literais, mormente no argumento da manipulação da legitimação.

<sup>54</sup> MICHAELIS. Legítimo. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário de Português Online**. Disponível on-line em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=leg%EDtimo>>. Acesso em: 25 set. 2015.

Simplemente estar de acordo com a lei, entretanto, não parece um conceito adequado ou suficiente, pois nem tudo que é legítimo, por exemplo, em termos de aspirações sociais, valores morais, ou mesmo essencialmente justo, está amparado pelo direito positivado, permanecendo muitas vezes às margens do ordenamento jurídico vigente, enquanto não raras vezes a própria lei é responsável pela criação ou manutenção de injustiças, carecendo de critérios humanísticos ou mesmo racionais<sup>55</sup>.

Não custa muito lembrar de situações nas quais o ordenamento jurídico expressamente permitia, ou mesmo incentivava injustiças, como durante o período colonial e imperial do Brasil, quando o regime escravocrata era legal, conquanto tratasse os negros como mercadoria, propriedade passível de compra, venda e inclusive (e normalmente) abuso (como se a própria situação de escravo já não fosse), possuindo o proprietário de escravos até o direito de castigá-los fisicamente, como se faz com um animal qualquer desobediente.

Outro fato histórico acerca da diferença entre legitimidade e legalidade encontra-se em regimes autoritários, mas pautados em leis e constituições, muitas denominadas até de democráticas, como a da República Popular Democrática da Coreia (Coreia do Norte), onde as leis existem, são cumpridas, mas o seu conteúdo axiológico nem sempre corresponde a algo legítimo (no sentido de justo).

Nesse sentido, o positivismo legalista de Kelsen<sup>56</sup> propôs a separação do Direito da Moral (de uma moral absoluta ao menos), ao afirmar que 1) a moral (em sentido lato) é relativa, ou seja, não está ligada a valores absolutos; 2) o que é moralmente bom é aquilo que é conforme a norma, ou seja, quando uma conduta prescrita (estabelecida como devida), seja ela qual for, é obedecida, e o que é moralmente mal é aquilo que vai de encontro à norma, ou seja a conduta que a contraria; 3) que a questão sobre o Direito e a norma diz respeito não ao seu conteúdo, mas à sua forma. Segundo Kelsen:

...a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito Positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem que aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições do dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Embora opere numa “lógica” própria, absolutamente, pois nenhuma lei terá nascido sem “causa”, sem algo que lhe tenha dado o empurrão inicial, sem uma “vontade” inicial, mesmo que esta fosse aparentemente “ilógica”, ou cuja lógica servisse apenas para justificar determinadas situações que de outro modo, em sua ausência, deveriam ser erradicadas do mundo jurídico, e apenas existem por delas disporem tais normas.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 72-76.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 77.

Kelsen estava, de fato, tão profundamente arraigado ao seu ideário de que o Direito tem uma moral própria, não existindo uma moral absoluta, onde considerar sequer a possibilidade da existência da mesma significaria que o Direito não seria uma ciência ou sistema autocontido pois faria referência a elementos extrínsecos que convalidariam um poder coercitivo outro que não a si próprio, que ele aboliu por completo a relação Direito e Moral, fosse absoluta ou relativa, de maneira que, para ele, “uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”<sup>58</sup>.

Ademais, o autor considera como fundamento de validade da norma não ela ser legítima (no sentido lato, ou em particular moralmente aceitável), mas apenas o fato dela ser vigente, ou seja, vinculativa, cuja validade se deriva de uma norma a ela superior, e assim sucessivamente (mas não indefinidamente) até chegar a uma norma chamada de fundamental, de onde brota a validade de todas as normas num ordenamento jurídico, já que, para ele, uma norma não pode receber sua validade de fora do sistema, de uma autoridade, por exemplo, uma divindade, ou mesmo a sociedade.

Com base nessas teorias, não foi difícil para Hitler, em que pese a Alemanha de sua época ter como norma fundamental a constituição social de Weimar, que prezava por valores liberais e democráticos, instaurar um regime que ignorou estes valores, substituindo-os por um corpo de normas que vilipendiou os direitos mais básicos do ser humano de judeus, ciganos, deficientes físicos e outras minorias, privando-os de sua propriedade, direito de ir e vir e, finalmente, da própria vida. Tais normas eram “legítimas” por serem vigentes, segundo Kelsen, ou seja, no aspecto da mera legalidade.

Outros regimes onde imperava a legitimidade-legalidade era o da segregação racial legal (ou por interpretação constitucional) americana, e o do *apartheid* sul-africano.

Diferentemente dessa perspectiva, Paulo Bonavides<sup>59</sup> escreve que legitimidade tem a ver com valoração, então não se resume simplesmente à legalidade, na qual entram as crenças de determinada época (valores morais), ou seja, cujo fundamento de validade está para além do sistema jurídico, mas com o qual se relaciona.

Dele também se obtém uma análise histórica sobre a separação entre legalidade e legitimidade, e não apenas esta, mas também de cunhos filosófico, sociológico e jurídico.

No primeiro aspecto, ele menciona que na antiguidade romana e no direito canônico não havia muita distinção entre legalidade e legitimidade, aparecendo o segundo com bem mais frequência que o primeiro. Esta cisão, segundo Bonavides, dá-se com mais

---

<sup>58</sup> Teoria Pura... *Op. cit.*, p. 77.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 121.

vigor a partir do início do século XIX na França onde havia a contraposição entre a legitimidade (histórica) do regime monárquico e a legalidade vigente do código napoleônico. Foi apenas o racionalismo positivista proveniente da Revolução Francesa, que tornou novamente a legitimidade próxima da legalidade, ressignificando uma pela outra (recaindo no problema enfrentado por Kelsen, conforme mencionado anteriormente).

No aspecto filosófico, tem-se, conforme o autor, um nível mais alto de abstração, em que a legitimidade opera não com fatos, mas com princípios (valorativos), os quais justificam ou invalidam o exercício do poder, o que explicaria ainda a razão porque uns obedecem e outros mandam. De acordo com ele, mede-se a legitimidade de uma ordem política segundo a tábua dos valores estabelecidos subjetivamente.

No terceiro aspecto, Bonavides ressalta que o entendimento sociológico da legitimidade implica em uma teoria dominante do poder. Segundo o autor, Max Weber<sup>60</sup> distingue três manifestações da legitimidade, quais sejam a carismática, a tradicional e a legal ou racional. Nesse sentido, a teoria dominante do poder diz respeito à ideologia à qual adere a massa de governados (a maioria, pelo menos, em um regime democrático), sendo o governo legítimo do ponto de vista sociológico aquele que impera no consentimento da população (e aqui cabe também, sob o caráter histórico, lembrar que esse consentimento depende muito das crenças e valores intrínsecos de uma sociedade em uma determinada época, podendo a ideologia tratar-se de direito divino, por exemplo, numa teocracia ou monarquia absolutista, democracia representativa, ou outra qualquer que porventura o mundo veja nascer).

Ainda sob o viés sociológico, de acordo com a teoria de Weber, a autoridade carismática se assenta em figuras reconhecidas publicamente, baseando-se o poder na lealdade dos seguidores, e possui caráter autoritário e imperativo. A autoridade tradicional, por outro lado, pauta-se no conceito da santidade do poder instituído, e depende do aprofundamento da tradição na consciência coletiva cuja crença lhe confere legitimidade. Por fim, a autoridade legal é aquela fundada na norma, podendo ser, portanto, facilmente sujeita a mudanças, desde que formalmente adequadas. Mas o que chama a atenção na teoria de Weber são as noções de competência, privilégio e missão como manifestações de legitimidade provenientes das autoridades legal, tradicional e carismática respectivamente.

No último aspecto, de cunho jurídico, Bonavides, analisando o pensamento de Carl Schmitt, afirma que:

---

<sup>60</sup> WEBER *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 125.

...a posse do poder legal em termos de legitimidade requer sempre uma presunção de juridicidade, de exequibilidade e obediência condicional e de preenchimento de cláusulas gerais, cuja importância prática e teórica não deve ser ignorada pela teoria constitucional nem pela filosofia do direito, visto que tanto servem de critério de controle da constitucionalidade da legislação como de ponto de partida a uma doutrina do direito de resistência.<sup>61</sup>

Segundo Schmitt, em quem se apoia Paulo Bonavides, os conceitos de legitimidade e legalidade são indissociáveis em um Estado de Direito, uma vez que há uma congruência e harmonia entre Direito e lei, entre justiça e legalidade, o que acabava por afastar o direito de resistência<sup>62</sup>.

Para o autor alemão, se privar-se ao conceito de lei o seu aspecto valorativo, mas mantendo a coercibilidade característica da legalidade, qualquer coisa pode adquirir a chancela de lei, reduzindo a palavra “lei” a um conceito vazio, perdendo sua conexão com o Estado de Direito<sup>63</sup>.

Bonavides<sup>64</sup> menciona ainda, no mesmo tópico, que a doutrina dos autores franceses por ele analisada divide-se, quanto ao problema da legalidade e legitimidade dos governos, em três posições, quais sejam: 1) a legalidade é uma questão apenas de forma, enquanto a legitimidade é a consonância do poder com a opinião pública<sup>65</sup>; 2) a legalidade é uma noção jurídica, enquanto legitimidade uma noção ideológica<sup>66</sup>, caminhando juntas, contudo, sob o ponto de vista da ordem constitucional positiva, ou seja, um governo é legal e,

<sup>61</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 128.

<sup>62</sup> *“Solo a la ley se debe obediencia; solo frente a ella desaparece el derecho de resistencia. [...] La congruencia y la armonía preestablecidas y presumidas entre Derecho y ley, justicia y legalidad, objeto del Derecho y procedimiento legislativo, dominan, hasta el último detalle, la idea del Derecho propia del Estado legislativo. Solo así ha sido posible someterse al imperio de la ley precisamente en nombre de la libertad, borrar de la tabla de derechos de la libertad el derecho de resistencia y conceder a la ley aquella preeminencia incondicionada que veía en el sometimiento del juez a la ley una garantía de la independencia judicial, que consideraba que el subordinar la Administración a la ley significaba la protección más importante frente al abuso del poder estatal y que ponía sin reparo todos los derechos garantizados por la Constitución a merced del legislador, quien podía atentar contra ellos a su arbitrio, en virtud del ‘monopolio de la ley’”*. Cf. SCHMITT, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>63</sup> *“Si se priva al concepto de ley de toda relación de contenido con la razón y la justicia, conservándose al mismo tiempo el Estado legislativo con el concepto de legalidad que le es específico, el cual concentra en la ley toda la majestad y la dignidad del Estado, entonces toda ordenanza de cualquier especie, todo mandato y toda disposición, toda orden a cualquier oficial o soldado y toda instrucción concreta a un juez, en virtud de la ‘soberanía de la ley’, puede hacerse legal y jurídica mediante una resolución del Parlamento o de otra instancia que participe en el proceso legislativo. Lo ‘puramente formal’ se reduce entonces a la palabra vacía y a la etiqueta de ‘ley’, perdiendo su conexión con el Estado de Derecho”*. *Ibidem*, pp. 31-32.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>65</sup> Alexandre de Araújo Costa, analisando a terceira “geração” do contratualismo de Rousseau, entende que uma decisão estatal pode ser considerada legítima quando for uma expressão da vontade geral. Não é feita uma distinção entre vontade geral ideal e vontade geral como resultado real da deliberação dos cidadãos, contudo, a vontade geral é a expressão do interesse público, e não interesses particulares (vontade de todos, ou a soma de vontades particulares). Cf. COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008, pp. 15-16.

<sup>66</sup> De semelhante modo, necessariamente a legitimidade abraça um sentido ideológico, pois a vertente ideológica de um governo, e ele mesmo por consequência, somente se sustenta se o povo compartilhar dos mesmos valores, princípios, cosmovisão, aspirações enquanto sociedade.

portanto, legítimo somente enquanto se estabeleça e mantenha de acordo com a Constituição em vigor; e 3) legalidade é um conceito formal, enquanto legitimidade é um conceito material (no que parece com a doutrina esposada em 1), com a diferença que o primeiro baseia-se em uma ordem constitucional pregressa, enquanto a segunda em uma nova ordem jurídica, desde que o governo proceda segunda as regras por ele mesmo estabelecidas.

O último tópico trazido pelo autor diz respeito à legitimidade no exercício do poder. Nesse sentido, Bonavides<sup>67</sup> menciona duas categorias de problemas abrangidos pela legitimidade, quais sejam: 1) a necessidade e a finalidade do poder político que se exerce na sociedade através de uma obediência e consentimento espontâneos, ao invés da mera coercibilidade estatal; e 2) a do exercício legítimo do poder, ou seja, o de indicar o fundamento de legitimidade do governo ou dos governantes, através de uma análise histórica, conforme as doutrinas ou crenças aceitas, que variam de acordo com o país ou momento histórico analisado. Nesse esteio, para o autor, na Idade Média o suporte da legitimidade foi o aspecto religioso, enquanto hoje encontra-se no consentimento dos governados.

Surge, no entanto, uma questão a ser enfrentada, o de saber se todo governo é legal e legítimo ao mesmo tempo, o que, obviamente não é sempre o caso. Como exemplo, Bonavides cita o caso do governo da França no exílio durante a Segunda Guerra Mundial, ilegal porém legítimo, assim como os governos surgidos durante revoluções ou golpes de Estado se forem “convalidados” pelo sentimento nacional de aprovação<sup>68</sup>, ocorrendo ilegitimidade na legalidade quando este não vem a ocorrer.

Até aqui analisou-se, portanto, a legitimidade sob os vértices da legalidade (caráter objetivo formal), da justiça (caráter teleológico ou material-finalístico), e de aceitação social (caráter subjetivo ou sociológico). De fato, nenhum desses aspectos separadamente define de maneira adequada a legitimidade, até porque não se pode enxergar a problemática do controle de constitucionalidade, especificamente sob o prisma da legitimidade das decisões, esquecendo-se de qualquer um desses elementos, sob o risco de torná-las inválidas, conquanto venham a produzir efeitos, os mais nefastos possíveis.

---

<sup>67</sup> *Op. cit.*, pp. 129-130.

<sup>68</sup> Aqui, de mesmo modo, pode haver a mudança no sentimento nacional que dava suporte de legitimidade a uma revolução ou golpe de Estado, quando o povo percebe que a extensão, dimensão ou forma das mudanças ocorridas não estão de acordo com os seus anseios. Isso ocorreu, por exemplo, no Brasil pós golpe militar de 1964 onde o regime instaurado, embora inicialmente revestido de uma aura de legitimidade pelo apoio popular (em que pese a população ter sido utilizada como massa de manobra pela ideologia conservadora anticomunista), a perdeu na medida em que a sociedade se viu tolhida em suas liberdades, notadamente de manifestação e associação.

Há ainda um aspecto da legitimidade a ser estudado, na verdade uma problemática já levantada por Rousseau<sup>69</sup> a respeito da legitimidade das decisões estatais, das quais o controle de constitucionalidade é um subconjunto. Nesse sentido, ele mesmo já enxergava o problema da vontade geral como “sinônimo” de legitimidade quando via a diferença entre vontade geral ideal e vontade geral real<sup>70</sup>.

Para Rousseau<sup>71</sup>, a vontade geral resultará em decisões acertadas quando o povo (ou seus representantes, ou os juízes) estiverem suficientemente informados. Deste modo, o conjunto das “vozes” ouvidas, por diferentes que sejam, representará uma vontade geral mais próxima da ideal, desde que não haja a exclusão de nenhuma delas. Note que a vontade geral não é nem precisa ser necessariamente unânime, e dificilmente isso seria possível, apenas que as vozes dissidentes precisam ser ouvidas e respeitadas, o que é ou deveria ser característico do processo democrático.

Tem-se então um problema de cunho prático, qual seja como informar a população, e o que seria informá-la de maneira suficiente de modo que a condução do processo de tomada de decisão seja democrático e, por consequência, legítimo.

De fato, isso é um problema em sociedades (como a brasileira) onde impera o analfabetismo (total ou funcional), onde as pessoas em geral assimilam de modo acrítico as informações que lhe são passadas pelos veículos de comunicação, todos eles com suas linhas editoriais próprias curvadas perante os interesses do capital, onde não interessa aos governantes a educação política da população de maneira que consiga reivindicar de maneira adequada seus direitos (que normalmente ignoram possuir). Trata-se, portanto, de uma questão tanto de quantidade da informação quanto da qualidade da mesma, o que, em ambos os casos, pode ocasionar uma manipulação do consenso<sup>72</sup> (elemento chave para a legitimação).

Além do problema da informação, tem-se ainda o problema das vozes destoantes, que na verdade não é um problema, senão quando são excluídas do processo democrático, como bem disse Rousseau<sup>73</sup>. Nesse sentido, as minorias devem participar dos debates e serem

---

<sup>69</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Disponível on-line em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2244](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=2244)>. Acesso em: 05/11/2015.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> Perceba que se trata de uma manipulação em regimes de governo democrático, pois em regimes autoritários ou com limitações às liberdades individuais e coletivas há diversos outros mecanismos para se atingir o consenso, notadamente com o uso de coação e do aparelho de força estatal (coerção). Nesse caso, como no primeiro, o consenso é aparente, e não real, e a “legitimidade” estará em xeque.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 67.

ouvidas, sendo natural do processo terem suas aspirações aceitas ou não e aqui reside outro problema de legitimidade, qual seja “direitos” que para essas pessoas seriam legítimos, não são considerados como tal para a maioria, então a não ser que haja mecanismos para consolidar esses anseios, teremos uma ditadura da maioria<sup>74</sup>. Por outro lado, se as minorias sempre tiverem suas “vontades” impostas aos demais cidadãos, com a desculpa de estarem sendo resguardados seus direitos, iremos ao outro extremo, de uma ditadura das minorias.

Nesse particular, pode-se desde já encarar dois possíveis cenários, num dos quais a legitimidade é preservada, e noutro onde ela entra em conflito. No primeiro caso, tem-se “direitos” concernentes a minorias que não se chocam com direitos democraticamente consolidados que se referem à maioria, sendo complementares àqueles, por vezes até auxiliando na sua efetivação para o caso particular da minoria afetada que de outro modo não teria o direito “principal” assegurado. No segundo, os “direitos” de uma minoria entram em rota de colisão contra direitos estabelecidos historicamente e que afetam uma parcela significativa da população. Nesse caso, opera-se um juízo de ponderação, onde há limitação parcial em um e em outro direito de maneira que nenhum deles seja totalmente prejudicado (nos moldes da solução de conflitos aparentes de normas constitucionais).

A respeito do conceito de minoria, segundo Canotilho<sup>75</sup>:

...um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria<sup>76</sup>.

Ainda para esse autor<sup>77</sup>, “no campo dos direitos fundamentais existem dois grupos diferentes: (1) direitos dos indivíduos pertencentes às minorias; (2) direitos das minorias propriamente ditas”, sendo que os primeiros indivíduos não poderiam reivindicar tratamento diferente do dispensado ao restante da população, senão apenas no segundo caso, cuja

---

<sup>74</sup> Note que ao tratar-se de maioria e minoria, não se está necessariamente dizendo maioria ou minoria absolutas, já que, pela pulverização das forças ideológicas em um processo democrático, pode acontecer e de fato acontece muitas vezes que a maioria é apenas a maior facção em um conjunto de posições isoladamente minoritárias, cujas dessemelhanças entre si as afastam umas das outras de modo que não conseguem consenso para suas demandas, que poderiam até possuir elementos em comum. De modo contrário, se diversas minorias são suficientemente engajadas, pode haver, em razão de acordo em face dos ditos elementos comuns, uma imposição de uma agenda própria à “maioria”, aqui entendida como relativa em face às demais parcelas da sociedade, carecendo de legitimidade para os que dela venham a discordar.

<sup>75</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>76</sup> Direito Constitucional e Teoria... *Op. cit.*, p. 387.

<sup>77</sup> *Idem.*



identidade coletiva requer a proteção e garantia dos seus direitos específicos na medida da diferença que apresentam frente à maioria da população.

Observe-se que, no exemplo acima, não se está analisando valorativamente os direitos da maioria ou da minoria (cada um dos quais pode ser “legítimo” para a parcela da população a que se refere). No entanto, a legitimidade de um direito, de uma decisão, do exercício do poder está necessariamente ligada aos valores de justiça que representa. Portanto, no cenário hipotético onde os direitos negados a uma minoria sejam aqueles afetos a direitos humanos, ainda que por improvável que fosse a colisão de tais direitos com os interesses da maioria da população que porventura não desejasse a implementação desses direitos, essa colisão seria legítima pois está ligada a valores de dignidade humana, os quais não podem ser negligenciados mesmo em face de uma decisão aparentemente (ou formalmente) democrática.

Finalmente, novamente destaca-se a questão das decisões legais mas ilegítimas<sup>78</sup>, por meio do exemplo de Heron Ferreira da Silva<sup>79</sup> na seara administrativa, da existência concomitante de atos<sup>80</sup> legais e ilegítimos. No exemplo, Silva cita o caso fictício (mas possível/verossímil) de uma prefeitura paupérrima de estado do Norte do país, que passa por um período prolongado de epidemia de dengue, cujos doentes precisam ser transportados com urgência para um hospital da capital do Estado já que a cidade não dispõe de recursos adequados de tratamento, mas cuja única ambulância encontra-se sucateada, restando então impossibilitado o transporte dos pacientes que não dispõem de meios próprios de locomoção.

Em que pese a conjuntura, o prefeito resolve adquirir um novo veículo para uso oficial com destinação diversa, mas perfeitamente legal segundo a lei de licitações em todos os seus detalhes. Ferreira da Silva<sup>81</sup> questiona então se, embora pautado pelo paradigma da legalidade, o prefeito não estaria incorrendo em desvio de finalidade do dinheiro público, já que não atendeu o critério de legitimidade (no melhor cenário, a compra de uma nova ambulância para a população doente), ao que ele mesmo conclui pela afirmativa.

Nesse sentido, de acordo com José Afonso da Silva<sup>82</sup>:

...o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição

<sup>78</sup> Abordado sob outra ótica por Paulo Bonavides. Cf. BONAVIDES. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>79</sup> SILVA, Heron Ferreira da. **Existência concomitante de Atos Legais e Ilegítimos**. Brasília: 2008. Disponível on-line em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.20614>>. Acesso em: 30 set. 2015.

<sup>80</sup> O exemplo diz respeito a atos administrativos, mas, por analogia, pode ser estendido aos demais atos e decisões que envolvam de alguma maneira a questão da legitimidade, mormente nas diversas formas de atuação do poder público.

<sup>81</sup> *Op. cit.*

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 425.

(art. 1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.

Tantos são os casos que como esse ocorrem diariamente no Brasil, que deve-se resgatar o princípio de legitimidade como próprio fundamento do Estado Democrático de Direito que almeja ser, atentando-se, portanto para sua preservação, e não somente isso, para sua efetiva implementação.



## 4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Controlar a constitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público significa, nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>83</sup>: “...verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Esse controle, na visão de Paulo Bonavides<sup>84</sup>, é uma consequência das Constituições rígidas, entre as quais pode ser classificada a brasileira, pois tratam-se de Constituições em sentido formal, possuindo superioridade hierárquica frente às demais normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não poderia o Poder Legislativo, por exemplo, introduzir no sistema normativo leis contrárias a dispositivos constitucionais, necessitando, portanto, de haver um controle de constitucionalidade, sem o qual, segundo a ótica do autor, seria frustrada a vantagem “que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental”<sup>85</sup>.

Historicamente, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro<sup>86</sup> se deu a partir da Constituição de 1891, uma vez que a Constituição Imperial de 1824 não adotou nenhum sistema de controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público, devido à forte influência sofrida pela concepção inglesa da supremacia do Parlamento, bem como do dogma francês (conforme compreendido à época) da rígida separação de poderes<sup>87</sup>.

A Constituição de 1891, sob influência do constitucionalismo norte-americano, previa o controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, o artigo 59, parágrafo 1º, alínea *a*<sup>88</sup> permitia o recurso ao STF para se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais<sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> *Op. cit.*, p. 723.

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 296-297.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>86</sup> Em respeito ao escopo deste trabalho, somente será estudado o seu desenvolvimento no direito pátrio, não se aprofundando a análise sobre suas origens no direito americano, austríaco, inglês, francês ou de outro país, em que pese sua importância ou mesmo influência no modelo de controle de constitucionalidade aqui instituído.

<sup>87</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 85.

<sup>88</sup> Conforme redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

<sup>89</sup> § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação;

Cf. BRASIL. Constituição... (1891). *Op. cit.*

Esse controle, entretanto, por ser à época apenas jurisdicional, em caráter difuso, com vinculação somente *inter partes*, provocava um estado de incerteza e congestionamento judicial que somente veio a ser amenizado após a introdução, na Constituição de 1934, da competência para suspender a execução de atos normativos do poder público declarados inconstitucionais em sede de recurso ao STF, a qual coube ao Senado Federal. Além disso, foi criada uma ação, chamada representação interventiva, com fito de resguardar a Constituição Federal de violações aos princípios consagrados no artigo 7º, I, alíneas *a* a *h*<sup>90</sup>, que, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, “representou o primeiro passo para o desenvolvimento, entre nós, do controle ‘europeu’ ou ‘concentrado’ de constitucionalidade”<sup>91</sup>.

Com relação à Carta Constitucional de 1937, uma vez que se tratou de constituição outorgada em período ditatorial, houve verdadeiro retrocesso, ao possibilitar ao poder Executivo tornar sem efeito as decisões de inconstitucionalidade que se referissem a leis de iniciativa do Presidente da República. Além disso, seu artigo 94<sup>92</sup> proibiu o conhecimento pelo Poder Judiciário a respeito das questões políticas, restando ao mesmo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República somente em caso de maioria absoluta dos juízes dos tribunais<sup>93</sup>.

A Constituição democrática de 1946 retornou ao *status quo ante* ao remover as arbitrariedades da Constituição de 1937, além de manter o modelo de controle jurisdicional difuso-incidental implementado pela Constituição de 1891, com a reintrodução das inovações feitas pela de 1934. A partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, inaugurou-se no país o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, por meio da representação genérica de inconstitucionalidade, bem como, pela inclusão do inciso XIII<sup>94</sup> ao

<sup>90</sup> Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões;

Cf. BRASIL. Constituição... (1934). *Op. cit.*

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 89.

<sup>92</sup> Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Cf. BRASIL. Constituição... (1937). *Op. cit.*

<sup>93</sup> Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Cf. BRASIL. Constituição... (1937). *Op. cit.*

<sup>94</sup> XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

artigo 124, autorizou o controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em face das Constituições estaduais, de competência dos Tribunais de Justiça, o que veio a caracterizar um modelo jurisdicional misto de controle de constitucionalidade<sup>95</sup>.

A Constituição Federal de 1967, seguida pela Emendas Constitucionais nº 01, e 07, trouxe como novidade, consecutivamente, a retirada da possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais, outorgada pela EC 16/65, a instituição pelos Estados de representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual<sup>96</sup>, além da criação da representação para fins de interpretação de norma federal ou estadual a ser julgada pelo STF, bem como o julgamento de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade<sup>97</sup>.

Já a Constituição Federal de 1988<sup>98</sup>, em sede de controle judicial de constitucionalidade, instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (para além da por ação, já existente – denominada anteriormente de “representação de inconstitucionalidade”, e da interventiva), além de acrescentar outros legitimados a propô-la (até então somente o Procurador-Geral da República), a ação declaratória de constitucionalidade, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Uma vez visto, resumidamente, o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, cabe analisar os modelos de controle de constitucionalidade, que necessitam critérios apropriados para seu estudo. Conforme lição de Cunha Júnior<sup>99</sup>, os principais critérios adotados para discernir os diferentes modelos de controle de

Cf. BRASIL. Constituição... (1946). *Op. cit.*

<sup>95</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>96</sup> Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

[...]

§ 3º A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

[...]

d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade;

Cf. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de Outubro de 1969. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 21/10/2015.

<sup>97</sup> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

[...]

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República;

Cf. BRASIL. Constituição... (1967). *Op. cit.*

<sup>98</sup> E suas emendas.

<sup>99</sup> *Op. cit.*, pp. 95-103.

constitucionalidade são: 1) quanto ao parâmetro do controle; 2) quanto ao objeto do controle; 3) quanto ao momento da realização do controle; 4) quanto à natureza do órgão com competência para o controle; 5) quanto ao número de órgãos com competência para o controle; 6) quanto ao modo de manifestação do controle; e 7) quanto à finalidade do controle. Veja-se a seguir cada um dos critérios, com ênfase em sua aplicação no país.

Com relação ao primeiro critério, o controle de constitucionalidade das normas oriundas do poder público pode ter como parâmetro a Constituição formal, incluindo os princípios e regras implícitos, apenas alguns artigos da Constituição, ou ainda um bloco formado pela Constituição formal mais os princípios definidos como direito suprallegal. No caso brasileiro, o parâmetro do controle de constitucionalidade é toda a Constituição formal<sup>100</sup>.

Quanto ao objeto do controle, normalmente são os atos normativos do poder público, ou seja, não entra nesse rol aqueles editados por entes privados ou como manifestação da autonomia de vontade entre partes privadas. No Brasil, no entanto, não apenas os atos normativos, senão também os atos administrativos, que podem ser objeto de controle concentrado por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, as omissões do poder público também podem ser questionadas em sua constitucionalidade<sup>101</sup>.

No tocante ao momento da realização do controle de constitucionalidade, pode ocorrer o controle preventivo, qual seja durante a elaboração do ato normativo, e o repressivo, que ocorre após a conclusão de sua elaboração, mesmo que não esteja ainda em vigor<sup>102</sup>.

O controle preventivo ocorre, no país, por meio de pareceres das Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo acerca de projetos de lei apresentados, e ainda por meio do veto jurídico-constitucional por motivo de inconstitucionalidade realizado pelos Chefes do Poder Executivo das três esferas<sup>103</sup>. Trata-se, portanto, de controle de caráter político. O controle preventivo de caráter judicial, segundo o STF<sup>104</sup>, não tem cabimento em

---

<sup>100</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR. *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 97-98.

<sup>103</sup> Art. 66.

[...]

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>104</sup> “Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo

sede abstrata, senão apenas em caso particular, em concreto, caso a inconstitucionalidade resida no processamento da lei (apresentação ou mesmo deliberação), realizado em sede de mandado de segurança. O controle de constitucionalidade realizado repressivamente é o “padrão”, de caráter judicial, realizado, obviamente, em momento posterior à feitura da lei ou ato normativo diverso.

O quarto critério elencado por Cunha Júnior<sup>105</sup> refere-se à natureza do órgão com competência para o controle de constitucionalidade, que pode ser político (não-judicial), ou judicial (jurisdicional). Nesse sentido, o controle é judicial quando realizado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, ou cuja atuação tenha natureza jurisdicional, mesmo que não estejam diretamente vinculados ao referido poder. O controle político, conforme já visto, é aquele desempenhado por meio do Poder Legislativo, preventivamente, por meio dos pareceres das respectivas Comissões de Constituição e Justiça, ou pelo Poder Executivo, por meio dos vetos de leis em razão de inconstitucionalidade. Outra forma de controle político ocorre quando, por exemplo, o Congresso Nacional<sup>106</sup> realiza a rejeição de medidas provisórias<sup>107</sup>, ou mesmo susta atos normativos do Poder Executivo que exorbitem

---

de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Mandado de Segurança n. 32033 / DF**. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Relator p/ Acórdão: ZAVASCKI, Teori Albino. Publicado no DJ n. 33 de 18/02/2014. Disponível on-line em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=33&dataPublicacaoDj=18/02/2014&incidente=4397298&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>106</sup> Ou as Assembleias Legislativas dos Estados cujas Constituições permitirem aos Governadores editarem medidas provisórias.

<sup>107</sup> Art. 62.



os limites da delegação legislativa<sup>108</sup>. No Brasil, tem-se, portanto, natureza mista, embora fortemente de cunho jurisdicional.

Quanto ao número de órgãos com competência para o controle, tem-se o modelo difuso, qual seja quando realizado por uma pluralidade de órgãos; o concentrado, quando reservado a um único órgão; ou misto, como o caso Brasileiro, onde ocorre ambos os tipos de controle, sendo o difuso realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, e o concentrado realizado apenas pelo STF ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em face de suas respectivas constituições estaduais<sup>109</sup>.

Com relação ao modo de manifestação do controle, sexto critério elencado por Cunha Júnior<sup>110</sup>, o mesmo pode se dar por via incidental, por via principal, em abstrato e em concreto. É incidental quando a inconstitucionalidade é questionada no caso concreto, possuindo caráter prejudicial à demanda formulada, como fundamento do pedido. Esse controle é, portanto, sempre concreto, uma vez que é pautado em uma controvérsia entre partes.

O controle é principal quando o próprio pedido ou objeto da ação se refere à inconstitucionalidade de uma norma, pretendendo vê-la expurgada do ordenamento jurídico ou ainda, ao contrário, a declaração de constitucionalidade de uma norma cuja validade constitucional é objeto de dúvida. No caso brasileiro, esse controle é quase sempre abstrato, independentemente de litígios em concreto, restando como exceções apenas a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e, de maneira incidental, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O último critério desse rol a ser analisado diz respeito à finalidade do controle, que pode ser subjetivo ou objetivo, qual seja quando esse controle se destina à defesa de um direito subjetivo de um terceiro, ou exclusivamente à defesa da Constituição. No exemplo brasileiro, o controle difuso-concreto é sempre de cunho subjetivo, enquanto o concentrado-abstrato, na maioria das vezes, possui caráter objetivo<sup>111</sup>.

---

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>108</sup> Art. 49.

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>109</sup> Cf. CUNHA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 101-102.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 103.

Para Bonavides<sup>112</sup>, há ainda o critério da extensão ou âmbito de incidência do controle, que pode ser formal ou material. O controle formal serve para:

...examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.<sup>113</sup>

O controle formal refere-se ao órgão de onde emana a lei, devendo examinar as formalidades necessárias ao próprio processo de elaboração da norma, e não ao conteúdo da norma em si, que compete ao controle material, buscando “acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais”<sup>114</sup>.

Cabe salientar ainda um outro critério de classificação, qual seja quanto à eficácia da sentença proferida<sup>115</sup>. Nesse aspecto, tem-se as dimensões subjetivas e temporais, ou seja, se a sentença declaratória de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) possui abrangência *inter partes* ou *erga omnes*, e se o efeito é *ex nunc*, *ex tunc*, modulado no tempo ou ainda repristinatório<sup>116</sup>.

O efeito *inter partes*, por óbvio, abrange somente as partes, cuja declaração de inconstitucionalidade é feita *incidenter tantum*, não indo além dos direta e imediatamente envolvidos na sentença. De modo diverso o efeito de abrangência *erga omnes*, por via de controle concentrado, ou mesmo político, repressivo ou preventivo respectivamente, pois a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) da lei ou ato normativo valerá para toda a sociedade.

Além da dimensão subjetiva da eficácia da sentença de inconstitucionalidade proferida, tem-se ainda a dimensão temporal, cuja primeira forma é de cunho *ex tunc*, que, nas palavras de José Afonso da Silva<sup>117</sup>, “...fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento”. No entanto, exceto em sede de controle concentrado, a norma continuará manifestando efeitos jurídicos danosos até que venha a ter sua executoriedade suspensa pelo Senado Federal<sup>118</sup>, em sede de controle repressivo, de cunho *ex nunc*, uma vez que somente então e para o futuro deixará de produzi-los.

<sup>112</sup> BONAVIDES. Curso... *Op. cit.*, p. 297-299.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>115</sup> Cf. SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, pp. 52-56.

<sup>116</sup> Cf. MORAES. *Op. cit.*, p. 775.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 54.

<sup>118</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

Ainda a título de exemplo e sem pretensão de esgotar o assunto, a modulação dos efeitos da sentença declaratória de inconstitucionalidade<sup>119</sup> ocorre quando, ao invés de considerar a norma inconstitucional com efeitos retroativos à edição da mesma, ou a partir do trânsito em julgado da sentença que declarar a sua inconstitucionalidade, a norma somente passa a ser considerada inválida (nula) em momento futuro a ser designado pelo tribunal constitucional, com quórum mínimo de 2/3 de seus ministros (requisito formal), e somente em razão de segurança jurídica e interesse social (requisito material), modulação esta que alcança não apenas o aspecto temporal, mas também os diretamente afetados pelas situações em concreto que aquela norma tiver gerado (aspecto subjetivo), ou seja, não se trata de efeito *erga omnes* uma vez que não alcança toda a sociedade tendo ou não relação fático-jurídica com o direito expurgado, nem apenas as partes que porventura tiverem entrado em demanda judicial pleiteando a inconstitucionalidade da norma, mas sim aqueles que, afetados pela norma em situações fáticas, podem ou não ter recorrido ao judiciário ou questionado a constitucionalidade da mesma.

Por fim, o efeito repristinatório<sup>120</sup> funciona quando a norma considerada inconstitucional revogava norma anterior. Desta forma, a norma anterior revogada por norma declarada inconstitucional na verdade nunca deixou de ser vigente, uma vez que a sentença declaratória de inconstitucionalidade retira a validade da norma inconstitucional desde sua origem, fazendo com que a norma revogada por esta na verdade permaneça como se nada tivesse ocorrido, que no plano jurídico (em que pesem as consequências fáticas) foi o que de fato sucedeu. Problema ocorre quando a norma anteriormente revogada pela norma declarada inconstitucional também era, por sua vez, inconstitucional, situação denominada pelo STF<sup>121</sup>

---

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>119</sup> Cf. MORAES. *Op. cit.*, pp. 777-780.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 784-785.

<sup>121</sup> “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL. FORMULAÇÕES TEÓRICAS. O STATUS QUAESTIONIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE E EFEITO REPRISTINATÓRIO. A QUESTÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE FORMULAÇÃO DE PEDIDOS SUCESSIVOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TANTO DO DIPLOMA AB-ROGATÓRIO QUANTO DAS NORMAS POR ELE REVOGADAS, DESDE QUE TAMBÉM EIVADAS DO VÍCIO DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATIVO CUJA EFICÁCIA RESTAURAR-SE-IA EM FUNÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.215 / PE**. Relator: MELLO, Celso de. Decisão Pendente de Publicação. Disponível on-line em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo224.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

de efeito repristinatório indesejado, somente sendo conhecida a ação direta de inconstitucionalidade se afeta a ambos diplomas normativos.

Ressalte-se ainda as ações que, na via judicial, são utilizadas para essa finalidade. Nesse sentido, tem-se a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade é uma ação de controle concentrado-abstrato com intuito de defesa genérica de normas constitucionais perante violações decorrentes de leis ou atos normativos do poder público, cuja legitimidade *ad causam* cabe a algumas autoridades públicas, órgãos e entidades<sup>122</sup>.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão cuida de tornar efetiva a norma constitucional perante as omissões do poder público, cujos órgãos ou poder responsáveis pelo descumprimento serão notificados a prestar esclarecimentos no prazo de 30 dias<sup>123</sup>, sendo legitimados para propô-la os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Esta ação se parece com o mandado de injunção<sup>124</sup>, deste se diferenciando, entre outras razões, por possuir caráter abstrato-concentrado, enquanto aquele trata de omissões a um direito individual ou coletivo, no caso concreto, protegendo a própria Constituição no primeiro caso, e um direito subjetivo no segundo.

---

<sup>122</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>123</sup> [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>124</sup> Art. 5º

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva tem o fito de reparar grave conflito federativo, sendo exceção à regra de controle concentrado-abstrato, uma vez que se refere a um caso concreto em particular. De fato, por meio desta ação a União pode intervir nos Estados, segundo Dirley da Cunha Júnior:

...para assegurar a observância dos princípios constitucionais [...] quais sejam a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta; a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde<sup>125</sup>.

Nessa ação, desde seus primórdios, o único legitimado é o Procurador-Geral da República, agindo em nome da coletividade, a qual é proposta contra o Estado ou Distrito Federal responsável pela violação à Constituição<sup>126</sup>.

A ação declaratória de constitucionalidade, diferentemente das anteriores, busca resolver uma controvérsia acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo surgida no meio judicial, não sendo mera repetição do princípio da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público, cujos legitimados para propô-la são os mesmos da ADI, possuindo como requisito a prova da existência de efetiva controvérsia judicial em torno da constitucionalidade de uma norma<sup>127</sup>.

Finalmente, a última ação a ser mencionada é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criação original do direito pátrio, que cuida da análise de constitucionalidade de leis e outros atos normativos de qualquer das entidades políticas, preexistentes à ordem constitucional vigente, possuindo caráter subsidiário<sup>128</sup> frente às outras ações de controle de constitucionalidade, e mesmo rol de legitimados. Não há, entretanto, parâmetros objetivos que permitam distinguir entre esta e outras ações que versam sobre o tema de direitos (ou preceitos, princípios) fundamentais, divergindo a doutrina sobremaneira a esse respeito.

---

<sup>125</sup> *Op. cit.*, pp. 259-260.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>128</sup> Em que pese divergências doutrinárias a respeito.

## 5 A CRISE DE LEGITIMIDADE EM DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vive-se atualmente um momento de expansão do Poder Judiciário decorrente, dentre outras razões, de decisões prolatadas por seus órgãos que, para alguns são ousadas, arrojadas, uma vez que ampliam a eficácia de normas constitucionais ou ainda, alargando ou reduzindo o âmbito de incidência de normas legais e até mesmo atos executórios do poder público, acabam por modificar, por via jurisdicional e em arranjo hermenêutico próprio, o balanço de forças necessário e historicamente desenhado pelo princípio da separação de poderes, o que para outros denota apenas um exercício arbitrário de suas competências, de fato extrapolando os limites legítimos de suas atribuições, uma vez que, em busca de um fim “nobre”, têm escorregado na forma, nos meios muitas vezes, esticando por conta própria os limites do que pode ou não decidir, e invadindo a esfera de competência legislativa ou mesmo executiva.

Segundo Glauco Salomão Leite<sup>129</sup>:

...a desconfiança nas instâncias políticas majoritárias, a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico e o reconhecimento da força normativa das Constituições contemporâneas e de seus princípios impulsionaram uma atuação mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do “legislador negativo”, o que tem dado ensejo a um intenso debate sobre o ativismo judicial e sua adequação ao regime democrático.

O fenômeno do ativismo judicial não é recente, especialmente no contexto do neoconstitucionalismo experimentado no país pós-Constituição de 1988, quando passou-se a considerar, de maneira correta, a Carta Magna como conjunto de normas de caráter não apenas programático, mas de cunho eficaz, cujos princípios devem ser aplicados sob uma ótica hermenêutica que privilegie a dignidade da pessoa humana.

Antes de mais nada, cabe destacar que discutir se é válido o ativismo judicial não significa simplesmente apontar se determinada decisão foi justa ou correta, concordando ou discordando da posição tomada, por exemplo, pelo STF, senão cair-se-ia no subjetivismo da mera opinião.

Dessa forma, Leite<sup>130</sup> indica a existência de elementos para uma concepção neutra, institucional e pluridimensional desse fenômeno, como o ativismo servir para ampliar

---

<sup>129</sup> LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação de poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 24 nov. 2015, p. 2.

<sup>130</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

os poderes judiciais em detrimento de outras esferas do poder público, ou ao contrário, o recuo da Corte Constitucional, permitindo a tomada de decisão por outros poderes. Há, segundo o autor<sup>131</sup>, diversas implicações metodológicas acerca do estudo do ativismo judicial, quais sejam: 1) que essa análise não está comprometida com uma bandeira ideológica em particular; 2) que o ativismo judicial (ou sua autocontenção) não está ligado ao conteúdo da decisão, ou seja, busca-se o foco nos aspectos institucionais, abstraindo-se a análise do mérito da decisão; e 3) o ativismo judicial não significa necessariamente o abuso ou o excesso, ou seja, nem sempre deverá ser visto como um fator negativo, como também a autocontenção pode significar automaticamente a preservação do equilíbrio harmônico entre os poderes.

Cabe analisar, portanto, se é legítima essa atuação desenfreada, em que pese o argumento da inércia do Poder Legislativo, democraticamente eleito para representar as aspirações sociais em suas muitas e dissonantes vozes, especialmente quando se sabe que o Poder Judiciário carece desse caráter representativo e democrático, o que tem gerado uma crise de legitimidade de suas decisões, especialmente no controle de constitucionalidade, que sob o receituário de implementar com mais vigor direitos fundamentais tem-se atentado contra um dos princípios basilares do próprio Estado brasileiro enquanto Estado Democrático de Direito<sup>132</sup>.

Inicialmente, Luís Roberto Barroso<sup>133</sup> elenca duas críticas históricas sobre a possibilidade de um juízo operado pelos tribunais acerca de uma norma sobrepor-se ao do legislador que a produziu. A primeira, denominada dificuldade contramajoritária, resulta do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eleitos não deveriam ter a competência de invalidar decisões (ou atos normativos) prolatadas por órgãos cujos membros foram eleitos pelo sufrágio popular, carecendo, portanto, de legitimidade democrática. A segunda diz respeito a que as decisões tomadas em sede do poder Judiciário, inclusive as de controle de constitucionalidade, não estão sujeitas a controle democrático *a posteriori*, senão pelo difícil processo de emenda à Constituição. Esse tipo de “poder”, ademais da aparente falta de legitimidade popular, pode levar a uma supremacia do Judiciário, uma vez que ele passa a ser o detentor último da interpretação não apenas das normas em geral, bem como da

---

<sup>131</sup> Cf. LEITE. *Op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>132</sup> “Uma coisa são os assuntos relacionados à convivência entre direitos individuais ou à concretização de direitos sociais, outra coisa é a reconfiguração da essência desses direitos e da política nacional por meio do ativismo judicial”. Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 74-84.

Constituição, mas também de toda ação ou omissão do poder público, tenha caráter normativo ou não.

Ainda segundo Barroso<sup>134</sup>, a tese de legitimidade do controle de constitucionalidade judicial foi vitoriosa devido, entre outros, a alguns argumentos, expostos a seguir.

O primeiro argumento decorre de uma construção de encadeamento lógico qual seja: 1) a Constituição é fruto do poder constituinte originário e expressão da soberania popular, estando acima de todo poder constituído, inclusive o do legislador; 2) a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabendo ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la, o que, ao fazê-lo, realiza a vontade do constituinte (respeitando, em tese, a separação de poderes).

Nesse sentido, Barroso<sup>135</sup> entende que uma vez que não se trata de uma competência discricionária da parte do juiz, não se estaria diante de um risco democrático, já que esse controle faz valer as escolhas anteriores do povo por meio de seus representantes, o que não deve ser afastado pelos legisladores atuais.

O problema, no entanto, como mencionado em tópicos anteriores, diz respeito tanto à possibilidade/capacidade do povo de fazer decisões conscientes, quanto na mesma medida de tomar decisões devidamente informado. Além disso, cabe analisar se a distância temporal entre o legislador constitucional e seus pares posteriormente, no momento de uma decisão de controle de constitucionalidade (seja no âmbito do controle político-preventivo, ou ainda e especialmente no controle repressivo-judicial), não significaria a mudança de valores, sentimentos, pensamentos da população que porventura refletisse em seus representantes, ocasionando, tanto pela mudança constitucional, como pela legislativa infraconstitucional, ou mesmo, a contrário senso, pela “inércia legislativa”<sup>136</sup>, o desejo, a aspiração não acolhida pela escolha jurisdicional que considerou constitucional (ou não), carecendo esta última, portanto, de legitimidade democrática.

Barroso<sup>137</sup>, no entanto, entende não ser essa a razão que legitima as decisões de controle de constitucionalidade no âmbito judicial, visto as normas apresentarem conteúdo

---

<sup>134</sup> *Op. cit.*

<sup>135</sup> *Op. cit.*

<sup>136</sup> Nesse sentido: “Na agitação dos ‘novos direitos’ (direitos homossexuais, direito ao suicídio assistido, direito à livre disposição do corpo, direito ao uso de drogas etc.), a pretensa lentidão do legislativo tem servido de pretexto para o judiciário usurpar ilegitimamente as suas funções”, e ainda “Ora, a demora do Legislativo confunde-se com o processo de amadurecimento das questões relacionadas ao problema, bem como com a formação da opinião pública representativa. Os juízes e tribunais, todavia, alegando a lentidão do Parlamento, apressam-se para normatizar segundo a sua ideologia própria ou de acordo com aquilo que possa dar maior projeção midiática”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>137</sup> *Op. cit.*



variável, havendo uma infinidade de possíveis interpretações, onde o intérprete estaria adstrito a uma “moldura”<sup>138</sup>, dentro da qual a interpretação da norma surgiria de um ato volitivo baseado em uma valoração específica daquele, que receberia a legitimidade na medida em que houvesse a adesão da comunidade à qual se dirige aquela decisão.

Ora, convenha-se que uma decisão que recebe a adesão da comunidade normalmente (se não necessariamente mesmo) é aquela que lhe beneficia direta ou indiretamente, então, *data venia*, não se pode considerar legítima somente quando uma decisão recebe a adesão da comunidade, pois a “comunidade” pode ter uma abrangência e extensão muito relativos, levando a decisões não só ilegítimas, como, em último caso, até à uma ditadura judicial de uma minoria em particular<sup>139</sup>.

Sobre esse aspecto, Glauco Barreira Magalhães Filho<sup>140</sup> identifica a existência de quatro características para o método da nova hermenêutica constitucional, voltada para os direitos fundamentais, quais sejam: 1) aberto; 2) dialógico; 3) pragmático; e 4) normativo. No aspecto pragmático da nova hermenêutica constitucional, segundo o autor, “o julgador deve aferir a legitimidade de sua decisão diante de um hipotético auditório universal (Perelman) ou diante de uma comunidade ideal do diálogo (Habermas)”<sup>141</sup>, isto é, a legitimidade de uma decisão não é obtida perante uma audiência em particular, e sim universal, não frente à comunidade imediatamente afetada pela decisão, mas à comunidade ideal, as quais possuem em comum, ambas (audiência e comunidade), o aspecto de serem amplíssimas, e disporem de assento para todos os discursos, opiniões, sejam representativos de maiorias ou de minorias. Não é demais observar que se trata de um auditório ou comunidade hipotéticos, pois dificilmente todas as opiniões chegariam ao ouvido do julgador, como não se fazem ouvir em outros cenários políticos, senão muitas vezes por meio de manifestações, passeatas e outras situações mais ou menos pacíficas.

Além disso, acerca da “moldura” a que está sujeito o intérprete constitucional, Magalhães Filho afirma que “há um limite ético ou deontológico, no caso, a dignidade da pessoa humana”<sup>142</sup> (fundamento material da unidade da Constituição, segundo o autor). Por

---

<sup>138</sup> Em nota de rodapé ao texto, Luís Roberto Barroso afirma que o conceito de moldura interpretativa é consentâneo com a doutrina de Kelsen em Teoria Pura do Direito.

<sup>139</sup> “As Cortes Supremas acham que podem ouvir os vários segmentos da sociedade e, depois, decidirem questões que fogem aos limites da normatividade vigente. Grupos que não venceram com a estratégia política, ou seja, não encontraram apoio na representação popular, passam a utilizar a estratégia judicial para realização de seus interesses”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, p. 33.

<sup>140</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 37-42.

<sup>141</sup> MAGALHÃES FILHO. *Hermenêutica...* *Op. cit.*, p. 41.

<sup>142</sup> *Idem*.

fim, acerca dos princípios de interpretação especificamente constitucional<sup>143</sup>, deve-se preferir as interpretações que, entre outros aspectos, garantam uma visão unitária e coerente da Constituição, mais contribuam para a integração social<sup>144</sup>, lhe confirmem maior eficácia, sejam atualizadas com os valores da comunidade, respeitem a separação de poderes e funções do Estado, reconheçam a constitucionalidade da norma<sup>145</sup>, e realizem, no plano constitucional, o princípio da proporcionalidade. Nas palavras do autor:

A interpretação conforme a Constituição está limitada pela literalidade do texto normativo, ou seja, não se pode, sob o pretexto de economia normativa, dar a uma norma um sentido que contrarie suas potencialidades linguísticas, a fim de que ela possa ser conciliada com a Constituição e ter a sua validade preservada. Também não será válida a regra infraconstitucional que, apesar de não agredir diretamente um preceito da Constituição, tire a sua funcionalidade, pois aí terá ocorrido violação ao princípio da proporcionalidade e ao da razoabilidade<sup>146</sup>.

Finalmente, a moldura constitucional representa os limites verticais e horizontais de sua interpretação, ou seja, seu alcance máximo e mínimo subjetivos e objetivos para além dos quais as decisões de controle de constitucionalidade perdem o caráter científico<sup>147</sup> e apresentam-se apenas no plano da opinião, de cunho dogmático, ou da política<sup>148</sup>, de cunho ideológico<sup>149</sup>. Não cabe, portanto, uma pretensa interpretação “econômica” da Constituição, que não proporcione de maneira eficaz direitos constitucionalmente protegidos, trazendo certamente tantos males quanto uma, porventura, “perdulária”, na medida em que, para efetivar determinados direitos, priva a sociedade excessivamente de outros. Nestes casos,

---

<sup>143</sup> 1) Princípio da unidade da Constituição; 2) princípio do efeito integrador; 3) princípio da máxima efetividade; 4) princípio da força normativa da Constituição; 5) princípio da repartição funcional; 6) princípio da interpretação conforme a Constituição; e 7) princípio da harmonização prática ou da concordância prática. Cf. MAGALHÃES FILHO. *Hermenêutica... Op. cit.*, pp. 42-45.

<sup>144</sup> Nesse particular, Bonavides, falando acerca da democracia na “Constituição aberta”, crítica a nova metodologia de interpretação constitucional, tópica e concretista, afirmando que esse método demanda a presença de um sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política desenvolvida, elementos dificilmente encontrados em nações em desenvolvimento, como o Brasil, revestindo-se de importância vital, na medida em que propicia (a metodologia) o surgimento de crises mesmo em países desenvolvidos, com realidade constitucional e social diversas, as quais, se não solucionadas de maneira satisfatória, acabariam por dissolver a Constituição e sacrificar a estabilidade das instituições. Ademais, nas palavras do autor, “...o surto de preponderância concedida a elementos fáticos e ideológicos de natureza irreprimível é capaz de exacerbar na sociedade, em proporções imprevisíveis, o antagonismo de classes, a competição dos interesses e a repressão das ideias”. Cf. BONAVIDES. *Curso... Op. cit.*, pp. 515-516.

<sup>145</sup> Não se trata aqui de mera repetição do princípio da presunção da constitucionalidade da norma, mas de ação verdadeiramente afirmativa em sua defesa, proporcionando a escolha, entre diversas interpretações que uma norma possa ter, da que seja consentânea com a Constituição, ou seja, que reconheça a constitucionalidade daquela.

<sup>146</sup> MAGALHÃES FILHO. *Hermenêutica... Op. cit.*, p. 45.

<sup>147</sup> “Os órgãos judicantes têm abandonado a racionalidade jurídica para se arriscarem em um voluntarismo político para o qual não gozam de legitimidade”. Cf. MAGALHÃES FILHO. *Curso... Op. cit.*, p. 33.

<sup>148</sup> Nas palavras de Paulo Bonavides: “...a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração”. Cf. BONAVIDES. *Curso... Op. cit.*, p. 484.

<sup>149</sup> Ideologia em sentido *lato*, conjunto de interesses pessoais ou motivações particulares, e a luta para sua defesa.

temos o que alguns autores chamam de interpretação selvagem, na qual o intérprete, obcecado<sup>150</sup> em encontrar em um texto uma ideia preconcebida, abusa do método hermenêutico, desrespeitando os elementos estruturais ínsitos ao mesmo<sup>151</sup>.

Paulo Bonavides<sup>152</sup> menciona duas situações nas quais a interpretação constitucional pode significar um risco social, na medida em que: 1) represa a ação revisora da Constituição, ou seja, impede a adequação histórica dos textos às reivindicações de um quadro político dinâmico; e 2) quando excede os limites razoáveis de seu texto, na medida em que a criatividade excessiva opera *contra legem*, gerando um cenário de incertezas institucionais.

Sobre a nova hermenêutica constitucional, Bonavides<sup>153</sup> traça um cenário negro para a higidez da própria Constituição, na medida em que aquela passa a servir de meio de escape da rigidez constitucional (do Brasil, como de outros países) para governos autoritários, uma volta a uma interpretação subjetivista, Constituição considerada apenas como respaldo formal para implementação de políticas conservadoras (autoritarismo de reação)<sup>154</sup> ou transformadoras (autoritarismo de mudança)<sup>155</sup>, a depender do caráter ideológico do governo instalado, traduzindo-se, portanto, como mero casuísmo, cujo resultado final é a incerteza ou insegurança jurídicas, do ponto de vista do Direito Constitucional, de suas formas,

---

<sup>150</sup> “Essa desorientação e perplexidade de intérpretes, que continuamente se arredam do texto para abraçar-se, em face das peculiaridades de cada situação, a um sentido concreto da norma, ou a uma valorização da regra normativa pelo sistema ou ainda a uma pretensa interpretação ‘conforme a Constituição’, esse largo teto debaixo do qual se abrigam todas as soluções possíveis e imprevisíveis, apenas traduz a dificuldade desesperadora e angustiante de transmutar o Estado social ou de justicialismo num Estado de Direito, preservador do patrimônio clássico das garantias individuais”. Cf. BONAVIDES. Curso... *Op. cit.*, p. 484.

<sup>151</sup> Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, p. 5.

<sup>152</sup> Curso... *Op. cit.*, p. 483.

<sup>153</sup> *Ibidem*, pp. 484-485.

<sup>154</sup> “Uma discussão recorrente costuma atrelar a autocontenção ao conservadorismo, ao passo que os liberais se aproximariam do ativismo. Todavia, Cortes liberais ou conservadoras podem ser responsáveis por julgamentos ativistas”. Cf. LEITE. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>155</sup> MAGALHÃES FILHO, falando acerca da importância da interpretação, ressalta o equilíbrio que deve o julgador possuir, moderando essas duas faces conflitantes: “O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve ao intérprete que remeta a norma a dois topos (= lugares comuns): os fins sociais e as exigências do bem comum. [...] Como não existem palavras supérfluas na lei, não se pode identificar, como alguns o fazem, os fins sociais e as exigências do bem comum. Enquanto os fins sociais se referem às ênfases da sociedade política, tendo uma conotação conservadora, as exigências do bem comum referem-se a anseios da sociedade civil com ênfase mais progressista ou libertária. Assim, o legislador pretendeu que o juiz fosse um instrumento do equilíbrio entre segurança e justiça, um verdadeiro pêndulo que tanto toca um lado como o outro. Os fins sociais são as ênfases da sociedade, sejam elas liberais, teocráticas etc. As exigências do bem comum são as condições necessárias a uma existência humana digna. Pela consideração dos fins sociais, tem-se a interpretação teleológica e, através das exigências do bem comum, a interpretação sociológica. Assim, o legislador quis levar o juiz à moderação, a um equilíbrio político entre o espírito conservador e o revolucionário”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, pp. 56-57.

institutos<sup>156</sup>, técnicas e conceitos. Em suas palavras: “Presume-se, com a apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima”<sup>157</sup>.

Leite<sup>158</sup>, contudo, entende que reduzir a abordagem do ativismo judicial a um plano hermenêutico apenas traz consigo alguns problemas: 1) a dificuldade de se criar um modelo universal de hermenêutica constitucional, que leve em conta, inclusive, as disparidades culturais e jurídicas regionais e os contextos particulares de uma determinada ordem constitucional; e 2) ignora as repercussões que as decisões judiciais têm nos demais poderes, bem como as reações das instituições políticas afetadas.

Deve-se lembrar que a função fiscalizadora do STF sobre as ações e omissões dos demais poderes, por meio do Mandado de Injunção<sup>159</sup> e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>160</sup> não caracteriza necessariamente ativismo judicial, e possui traço de legitimidade uma vez que sua previsão decorre da própria Constituição. O problema, ou parte dele, reside em que esses remédios dizem respeito a omissões legislativas, enquanto muito do ativismo recai justamente na invasão de competência na declaração de inconstitucionalidade de normas existentes, muitas das quais atenderiam, a princípio, os preceitos constitucionais, ou mesmo serviriam para regulamentar muitas de suas normas, muito embora a maneira como as omissões legislativas são resolvidas no âmbito de decisões de controle de constitucionalidade também possa ser objeto de crítica.

Leite<sup>161</sup> destaca dois exemplos do que seria, a princípio, a ocorrência da referida função fiscalizadora na realização de um direito constitucional no caso concreto, frente ao que seria a extrapolação desse limite de competência, caracterizando o ativismo judicial. No primeiro caso, tem-se o Mandado de Injunção nº 721 acerca da possibilidade da aposentadoria especial para servidores públicos em condições específicas<sup>162</sup>, cuja solução dada pelo STF foi

---

<sup>156</sup> “Abusa-se da interpretação teleológica quando tais adaptações são feitas no plano interpretativo e abstrato, resultando em reformulações de institutos com total descaso para com os limites impostos pela moldura gramatical dos enunciados normativos”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, p. 74.

<sup>157</sup> Cf. BONAVIDES. Curso... *Op. cit.*, pp. 484-485.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>159</sup> “Melhor interpretação do instituto seria a que prevalece na doutrina segundo a qual, impetrado o mandado de injunção, o Poder Judiciário deveria, incidentalmente, estabelecer o modo de a pessoa gozar de seu direito ainda não regulamentado (teoria concretista individual). Em decisões posteriores sobre a regulamentação da greve no serviço público (MI 670, 708 e 712, julgados em 25 de outubro de 2007), o STF saiu de um extremo para ir a outro. Ele decidiu segundo a teoria concretista geral, estabelecendo por analogia legislativa ampla (no que coubesse) a aplicação das normas referentes à greve no setor privado, à greve no serviço público, agindo como legislador e não como julgador do caso concreto”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, pp.74-75.

<sup>160</sup> E ADPF, subsidiariamente.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, pp. 14-16.

<sup>162</sup> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e

permitir a fruição do direito constitucional, limitada em seus efeitos ao caso concreto da relação jurídica participante do processo. No segundo caso, a respeito da possibilidade de greve também para os servidores públicos, decidiu-se, nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 que as soluções anteriores não eram mais suficientes nem adequadas, partindo-se então para o extremismo, onde não apenas o Poder Legislativo seria instado a produzir a norma ausente (característica inicial das decisões envolvendo Mandados de Injunção), nem mesmo a decisão se restringiria ao caso concreto e ao universo subjetivo dos demandantes (passo seguinte), mas garantiria o exercício pleno do direito a greve a todos os servidores públicos (eficácia *erga omnes*), mesmo os não participantes do processo, aplicando-se a eles as disposições referentes aos trabalhadores da iniciativa privada, verdadeira criação “legislativa” jurisdicional, em que pese seu caráter transitório e supletivo.

Mesmo no segundo exemplo acima, deve-se salientar o fato de a Corte Constitucional ter utilizado como parâmetro de integração o exame de normas já existentes (no caso, a lei que regula o direito de greve na iniciativa privada), lhe preservando certa legitimidade e respeito à separação de poderes. Leite<sup>163</sup> destaca, contudo, que poderia haver situações onde o procedimento de integração careceria de norma na qual se apoiar, tendo a decisão que operar quase como uma “medida provisória judicial”, segundo o autor, citando como exemplo o Mandado de Injunção nº 1090 sobre a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, cuja solução inusitada foi utilizar os parâmetros de um projeto de lei em trâmite à época (ou seja, havia a discussão legislativa, embora ela ainda não tivesse produzido os necessários frutos).

Júlia Maia de Meneses Coutinho e Filomeno Moraes<sup>164</sup> trazem outro exemplo de ativismo judicial por parte do STF, qual seja conceder ao TSE a competência regulamentadora da perda do mandato eletivo por parte de um parlamentar que porventura

---

solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.*

<sup>163</sup> *Op. cit.*, p. 18.

<sup>164</sup> COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MORAES, Filomeno. **Fidelidade partidária à luz da separação de poderes: ativismo judicial (in)constitucional? – Debate acerca dos limites entre o princípio da fidelidade partidária e da soberania popular.** Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d0aaf39f31aed7d7>>. Acesso em: 25. nov. 2015, pp. 4-5.

fosse “infidel” ao partido que o elegera, definindo além disso hipóteses excludentes de tal perda (justa causa), como ocorreu ao declarar improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3999 e 4086<sup>165</sup>, considerando constitucional a resolução 22.610/07 – TSE, que disciplina o referido processo de perda de mandato por infidelidade partidária.

Mas não apenas o STF extrapolou sua competência, senão o próprio TSE inicialmente por meio da mencionada resolução, visto ter adentrado na seara legislativa ao determinar um procedimento cuja deliberação e delimitação deveriam ter partido do Congresso Nacional. Nas palavras de Coutinho e Moraes<sup>166</sup>:

A Resolução nº 22.610/07 do TSE disciplinou os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, conforme já mencionado. Pode-se criticá-la, entretanto, primeiramente, à míngua de competência para a sua edição, pois a posição ativista neste caso viola o princípio constitucional da separação de poderes, previsto no art. 2º, CF/88. Assim, o argumento de que o TSE executou apenas o seu poder normativo, sem ferir a separação de poderes, se torna insustentável, em flagrante violação ao art. 22, I, CF/88.

Em conclusão ao seu pensamento, afirmam Coutinho e Moraes<sup>167</sup> que as condutas de um e outro órgão (especialmente no caso do STF ao convalidar o comportamento inescusável do TSE, não apenas incentivando-o a repeti-lo, como também referendando esse tipo de prática perante os demais órgãos jurisdicionais) são questionáveis do ponto de vista da legalidade, tornando-se em risco para a separação de poderes, ademais de exorbitar da esfera de competência do Poder Judiciário, isto é, a pena da perda do mandato eletivo é matéria de caráter legislativo a ser operada por meio de emenda constitucional<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> REDE DE ENSINO LUÍZ FLÁVIO GOMES. **STF reconhece a constitucionalidade da Resolução do TSE sobre fidelidade partidária**. Disponível on-line em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/171084/stf-reconhece-a-constitucionalidade-da-resolucao-do-tse-sobre-fidelidade-partidaria>>. Acesso em: 25. nov. 2015.

<sup>166</sup> *Op. cit.*, p. 5.

<sup>167</sup> *Op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>168</sup> Cabe destacar que o artigo 55 da Constituição Federal de 1988 traz lista taxativa de hipóteses de perda de mandato parlamentar, entre as quais não se encontra a infidelidade partidária. Além disso, o princípio da fidelidade partidária insculpido no art. 17, parágrafo 1º da Constituição não discrimina as possíveis sanções para o caso de seu descumprimento, nem remete a outro dispositivo constitucional, ou mesmo infraconstitucional. Destarte, o STF (e o TSE, igualmente) não apenas rogou para si a função legislativa, mas a de legislador constitucional! Nesse sentido, veja-se claramente o texto da Carta Maior:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

**V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;**

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Cf. BRASIL. Constituição... (1988). *Op. cit.* (grifou-se)

Sob outro viés, Barroso<sup>169</sup> entende que a teoria da separação de poderes seria insuficiente, além de superado o modelo de democracia representativa (dois dos pilares da legitimidade de um ato ou decisão do poder público, como já visto, incluindo as decisões de controle de constitucionalidade), precisando de novos argumentos para legitimar a jurisdição constitucional, alguns dos quais são: 1) a aceitação da legitimação da jurisdição constitucional representaria uma ampliação da atuação deste Poder, trazendo-o novamente a um patamar de equilíbrio frente os demais Poderes, cuja expansão seria característica do Estado moderno; 2) a jurisdição constitucional seria um instrumento de superação do (suposto) déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cujos atores e atuações seriam desvirtuados pelos fatores vistos anteriormente (v.g.: abuso do poder econômico, manipulação dos meios de comunicação etc.); 3) os órgãos constitucionais são imprescindíveis na efetivação dos direitos fundamentais, os quais são o alicerce da democracia; 4) a jurisdição constitucional deve assegurar o processo democrático, inclusive mas não restrito à alternância do poder e à participação “adequada” das minorias no processo decisório.

Ocorre que, ao contrário: 1) o fortalecimento do Poder judiciário não está relacionado direta e necessariamente ao caráter democrático do mesmo, e de suas decisões. Além disso, supor que ele se encontra fragilizado ou em posição de inferioridade em relação aos demais Poderes implica não na necessidade de seu empoderamento, à margem do processo democrático, e do princípio da separação de poderes, mas no reconhecimento que outros fenômenos antidemocráticos têm operado nos Poderes Legislativo e Executivo, enfraquecendo a legitimidade de suas ações, merecendo não a expansão do Poder Judiciário, cujas responsabilidades e atribuições já são suficientes ou até demasiadas (uma das razões pelo acúmulo das demandas e pendências que atolam o judiciário brasileiro e incorrem na excessiva demora de suas decisões)<sup>170</sup>, mas na necessária retração das atividades e competências dos demais poderes, de fato, da atuação Estatal como um todo, retornando ao caráter liberal original que orientou os pensadores iluministas revolucionários de outrora quando desenvolveram os princípios estudados<sup>171</sup>; 2) semelhantemente, a desvirtuação do processo democrático nos Poderes Legislativo e Executivo por força das situações expostas comporta não a extrapolação das atividades judicantes (ativismo judicial), mas sim a devida correção, por meios igualmente democráticos (v.g.: instituto do *recall* político, *impeachment*, veto constitucional, derrubada do veto, projeto de lei de iniciativa popular, plebiscito e

---

<sup>169</sup> *Op. cit.*

<sup>170</sup> O que caracterizaria a tentativa de consertar um erro pelo cometimento de um outro.

<sup>171</sup> Separação de poderes, entre outros.

referendo, entre outros) e no âmbito dos mesmos Poderes, evitando a interferência indevida de um Poder em outro; 3) a mera previsão constitucional da competência do controle de constitucionalidade por via judicial não é garantia suficiente de sua legitimidade democrática, nem da efetivação dos direitos fundamentais, porque embora merecedora dessa consideração pelo seu berço na Norma Maior, o caráter de suas decisões, isoladamente ou no conjunto, pode seguir caminho diverso, como de fato ocorre reiteradas vezes<sup>172</sup>. Ademais, se a pretensa efetivação de direitos fundamentais servir para, ao contrário, ferir elementos fundantes do Estado brasileiro, como a separação de poderes e a prerrogativa democrática da gênese das normas, inerente ao Poder Legislativo, está-se na verdade “intentando contra a vida do paciente” sob o pretexto de curar-lhe uma doença; 4) embora o argumento de a jurisdição constitucional dever assegurar o processo democrático ser em si mesmo sadio, padece novamente por não vincular a decisão de controle de constitucionalidade ao amparo social (na qual se fundamenta a legitimidade) da alternância do poder. Além disso, uma vez que, por exemplo, os ministros do STF (bem como dos demais tribunais superiores) são indicados pelo Presidente da República, pode-se chegar ao caso de boa parte da composição do tribunal ter alinhamento ideológico com um governo, mas oposto a outro, gerando decisões possivelmente divergentes, e insegurança jurídica daí decorrente, ou mesmo perseguições institucionais de cunho político provenientes daquele órgão “disfarçadas” de decisões judiciais. Finalmente, não cabe ou não deveria caber ao Estado, mormente em sua vertente judicante, definir o que seria uma participação “adequada” das minorias no processo decisório, conceito vago e recheado de subjetividade, cuja pretensão, se muito, seria mais adequada ao caminho natural da representação democrática legislativa.

Luigi Ferrajoli<sup>173</sup>, ao falar acerca do valor de verdade, validade jurídica e legitimidade política nos pronunciamentos judiciais, reconhece a existência de dois níveis de legitimidade nos provimentos jurisdicionais, quais sejam interna, ou jurídica (ou ainda formal), que é condicionada normativamente pela existência e pelo valor de suas motivações,

---

<sup>172</sup> Nesse sentido, pertinente comentário de Magalhães Filho em nota de rodapé acerca de decisão do STF que equiparou equivocadamente a união de pessoas de mesmo sexo à união estável, bem como do CNJ não apenas permitindo, mas obrigando os cartórios a realizar casamentos homossexuais, quando tanto a lei quanto a Constituição textualmente não permitem tal compreensão: “O abuso de poder fica claro quando consideramos que a decisão do CNJ, órgão de caráter administrativo, foi além da decisão do próprio STF. Salientamos, ainda, que essa decisão, assumindo a roupagem de uma providência de caráter regulamentar, isentou o CNJ do ônus argumentativo de mostrar serem os dispositivos acerca do casamento no Código Civil inconstitucionais (porquanto neles só é admissível o enlace entre pessoas de sexo oposto). Para declarar, porém, as normas legais de Direito de Família contrárias à Constituição, era necessário também declarar a própria Constituição como inconstitucional (?), pois nela se sustenta a mesma definição de casamento do Código Civil”. Cf. MAGALHÃES FILHO, Curso... *Op. cit.*, p. 8.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 435-437.



que não se utilizam de outros atos jurídicos mas da verdade; e externa, ético-política ou substancial, que não opera nos parâmetros da legitimação representativa, mas apenas da racionalidade e legalidade, ou seja, pautada no reconhecimento da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. Em suas palavras:

Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político - do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública - pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa<sup>174</sup>.

Percebe-se que, embora versando sobre o aspecto penal/processual-penal, a mesma lógica pode ser abstraída para justificar a legitimidade das decisões de controle de constitucionalidade envolvendo direitos de minorias, por exemplo, ou ainda a atuação judicial na efetivação de direitos constitucionais.

Ainda segundo Ferrajoli<sup>175</sup>, essa relação entre verdade e validade dos atos jurisdicionais representa o primeiro fundamento teórico da separação de poderes e da independência do Poder Judiciário, não sendo necessariamente uma garantia da verdade a “mera” legitimidade majoritária, ainda que unânime. O segundo fundamento, segundo o autor, se daria no aspecto da defesa das liberdades conforme se configura nos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, para o indivíduo singular, o fato do poder ser exercido pela maioria não representa nenhuma garantia.

Essa falta de legitimidade legal e racional, ou seja, garantista, em decisões jurisdicionais, entre elas as de controle de constitucionalidade, para Ferrajoli<sup>176</sup>, não é suprimível mediante outras fontes de legitimação, as quais não são pertinentes mas sim contrastantes com a própria natureza da jurisdição, de modo que aquela é não apenas inevitável, mas também irremediável<sup>177</sup>. Ferrajoli<sup>178</sup> defende então o garantismo como mecanismo para evitar a não efetividade das normas constitucionais, em que pese o seu caráter inerentemente ilegítimo.

---

<sup>174</sup> Cf. Ferrajoli. *Op. cit.*, p. 437.

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> *Op. cit.*, pp. 439-440.

<sup>177</sup> Embora o autor mencione haver, no cenário penal/processual-penal italiano, carências de legitimação que seriam evitáveis e remediáveis, o que, segundo ele, produziriam uma crise de legitimidade da jurisdição.

<sup>178</sup> *Op. cit.*, pp. 683-684.

Esse garantismo é necessário, segundo William Paiva Marques Júnior<sup>179</sup>, na medida em que os direitos fundamentais sociais são concretizados através de um papel protagonista desenvolvido por parte do Poder Judiciário, em atenção aos valores emergentes do neoconstitucionalismo inclusivo, que adquiririam legitimidade em face dos clamores dos cidadãos.

Nesse sentido, seria inegável o papel pedagógico exercido pelo Poder Judiciário em relação às instituições por meio do ativismo judicial (atividade jurisdicional emancipatória), em especial, segundo o autor<sup>180</sup>, no que concerne à implementação de políticas públicas de direitos fundamentais sociais, conferindo maior legitimidade às decisões dos magistrados o diálogo com a sociedade através de uma hermenêutica constitucional aberta.

Finalmente, Marques Júnior advoga pela revisão do princípio da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos no Estado Social visto os Poderes Legislativo e Executivo se mostrarem incapazes de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais.

Esse dirigismo estatal, em que pese o caráter aparentemente virtuoso de seus objetivos, acaba por tornar a relação Estado-cidadão, e mesmo dos homens em suas relações sociais, cada vez mais paternalista, retirando a prerrogativa do indivíduo enquanto agente de transformação social e delegando-a ao Estado, que carece de mecanismos de controle eficazes, e nunca será capaz de alcançar essa pretendida utopia social.

Ademais, essa postura vitimista do cidadão de recorrer ao Estado para cumprir responsabilidades e atribuições que deveriam nascer como fruto de seu esforço particular em um contexto de liberdade, acaba por tolher parte da liberdade dos demais concidadãos, levando-os a conceder, por meio outro que não o consenso (de onde adquiriria legitimidade democrática), direitos e deveres que são retirados de sua esfera particular, privada de incidência, e agora atingem um caráter coletivo, solidário, uma comunidade feita à força com base na coerção estatal.

Por fim, tem-se que romper com esse paradigma de recorrer ao Judiciário para tentar solucionar aquilo que os demais Poderes não conseguiram, o que em muitos casos é realmente insolucionável, como por exemplo tentar adequar demandas econômicas de uma

---

<sup>179</sup> MARQUES JÚNIOR, William Marques. **Influxos do neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos direitos fundamentais sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e da máxima efetividade.** Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b8ee525c85be84>>. Acesso em: 07 dez. 2015, p. 7.

<sup>180</sup> Cf. MARQUES JÚNIOR. *Op. cit.*, pp. 8-9.

população excessivamente carente em um orçamento limitado, sujeito ainda à ineficiente atuação estatal na sua gestão quando da realização das necessárias políticas públicas, sem sequer entrar no mérito da parcela de gastos envolvidos em atividades cuja necessidade é no mínimo questionável. Nesse particular, embora a revisão jurisdicional da alegação da reserva do possível, por exemplo, para concessão de um determinado direito no caso concreto soe positiva, ademais do aspecto da legitimidade, afronta seriamente o princípio da separação de poderes na medida em que o Poder Judiciário desconhece o orçamento público, nem lhe compete estabelecer prioridades na sua execução. A partir da realização de um direito em concreto de um caso particular que conhece, pela finitude dos recursos financeiros disponíveis aos entes públicos muitos outros direitos de pessoas que desconhece passam a ser deixados de lado.

Glauco Barreira Magalhães Filho<sup>181</sup> afirma que enquanto as atividades legislativa e executiva são legitimadas pelo fato de seus representantes terem sido eleitos por seus concidadãos, a atividade judiciária, por não ter seus agentes eleitos, precisa ser legitimada por meio da fundamentação das decisões emanadas pelos seus órgãos, pelo que as mesmas devem ter caráter público, o que garantiria o controle democrático das decisões e, como consequência, a sua legitimidade<sup>182</sup>. Entretanto, somente o princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais, mormente aquelas de controle de constitucionalidade, não as legitimam perante a população.

Rogério Sganzerla<sup>183</sup>, em artigo versando sobre ativismo judicial em contraposição à separação de poderes, usando como cenário decisões do STF sobre o aborto, traz diversas considerações interessantes a esse embate.

A primeira consideração, de cunho prático, diz respeito ao debate entre substantivistas e procedimentalistas no que tange ao Poder Judiciário estar ou não ferindo o princípio da separação de poderes e os processos legiferantes previstos na Constituição, cujo pano de fundo gira em torno do procedimento democrático, em resumo, segundo o autor: “até que ponto a separação de poderes protegeria um possível ativismo do Poder Judiciário no Poder Legislativo”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> MAGALHÃES FILHO. *Hermenêutica...* *Op. cit.*, p. 61.

<sup>182</sup> “A hermenêutica jurídica será necessariamente metodológica, em razão da exigência do Estado Democrático de Direito de que as decisões jurisdicionais sejam públicas e fundamentadas (art. 93, IX, da CF) sob pena de nulidade. Assim, o julgador terá que apontar o caminho (método) que o conduziu à decisão, o que permitirá o controle de legitimidade da atividade jurisdicional”. Cf. MAGALHÃES FILHO. *Curso...* *Op. cit.*, p. 50.

<sup>183</sup> SGANZERLA, Rogério. **Ativismo ou Separação de Poderes? Até onde o aborto pode ponderar?** Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7164e1051f613361>>. Acesso em: 20/11/2015.

<sup>184</sup> *Op. cit.*, p. 4.

Como paradigma do substantivismo, é citado Lenio Streck, segundo o qual a Jurisdição Constitucional é condição do Estado Democrático de Direito, exercendo a defesa da Carta Magna por meio do controle de constitucionalidade, combatendo, deste modo, as investidas do Poder Executivo sobre o Legislativo, bem como as inércias deste último que impediriam o pleno exercício dos direitos nela prescritos.

Com posicionamento contrário, na linha do procedimentalismo, Sganzerla menciona Habermas, para quem importa criar um método legiferante democrático de modo a evitar embates axiológicos ou políticos, especialmente em sede de decisões de caráter monocrático, o que acaba por impactar a atividade do legislador democraticamente eleito, em síntese, garantir os conteúdos procedimentais e assegurar a formação democrática da opinião e da vontade popular. Nesse sentido, o ativismo judicial invadiria não só a competência legislativa<sup>185</sup>, mas da própria sociedade que a legitima, enfraquecendo a democracia representativa, desrespeitando a separação de poderes e ocupando indevidamente o papel de legislador que não lhe cabe<sup>186</sup>.

A segunda consideração é sobre a pretensa inércia do poder Legislativo. Nesse sentido, a dúvida que Sganzerla<sup>187</sup> coloca é se o poder Legislativo está utilizando as questões contextuais do cenário brasileiro, ou se (no caso do aborto, citado pelo autor) estaria o mesmo se atendo “meramente” a questões hermenêuticas, como definir o que seria vida ou não. O foco de importância no Legislativo, segundo o autor, dá-se pelo teor majoritário, em contraposição à defesa das minorias por parte do Poder Judiciário. Além disso, ele cita<sup>188</sup> o caso de decisões de controle de constitucionalidade levadas a efeito pela Suprema Corte Americana sob temas que não haviam sido sequer debatidas pelo Poder Legislativo, ao que ele mesmo contrapõe o cenário nacional, mencionando a existência de diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, projetos que visam tanto a descriminalização do aborto, quanto a sua maior limitação, ou seja, nesse caso não haveria que se falar em inércia legislativa que justificasse a “invasão” de competência por parte do órgão julgador.

---

<sup>185</sup> “Quanto mais as decisões sobre aborto chegam ao Poder Judiciário, mais ele é demandado a resolver a questão em lugar do Poder Legislativo. Inclusive, decisões que são de cunho concentrado e abstrato, com efeitos vinculantes, estão tomando o lugar de leis, vide as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre casamento civil homoafetivo e o aborto de feto anencéfalo”. Cf. SGANZERLA. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>186</sup> “O Estado de Direito presume a distinção entre política e direito, bem como a limitação da primeira pelo segundo. A politização do Direito e a juridificação da política são abalos na estrutura do Estado de Direito”. Cf. MAGALHÃES FILHO. Curso... *Op. cit.*, p. 37.

<sup>187</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

Nesse mesmo sentido, Leite<sup>189</sup> aponta que a suposta omissão estatal por vezes decorre da impossibilidade de se chegar a um consenso em temas sensíveis, postergando as deliberações, como também pode servir de estratégia para evitar a tomada de decisão com reações impopulares para um conjunto de eleitores, empurrando a solução do conflito justamente para o Poder Judiciário, ao que ele indica o mesmo exemplo americano sobre o aborto, mencionado por Sganzerla em seu artigo.

Há ainda um último aspecto a se considerar sobre a problemática das questões relativas à legitimidade em decisões de controle de constitucionalidade, que diz respeito a possíveis iniciativas que potencializam o caráter democrático das referidas decisões no âmbito judicial, embora possam não atacar frontalmente o problema de falta de legitimidade popular.

Como exemplos de mecanismos que ampliam o caráter democrático das decisões de controle de constitucionalidade, evitando cada um a seu modo e em certa medida a intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes, preservando desse modo a separação dos mesmos, bem como minimizando os malefícios do ativismo judicial<sup>190</sup>, ao tempo em que continuam permitindo a realização de direitos constitucionalmente positivados, temos: 1) a eleição dos membros do poder Judiciário<sup>191</sup>, que garantiria, por meio do sufrágio, representatividade popular; 2) as decisões colegiadas<sup>192</sup>, na medida em que, pela pluralidade de votos dos juízes, desembargadores e ministros, um maior conjunto de opiniões e, possivelmente, parcelas da comunidade, será ouvido; 3) as súmulas vinculantes<sup>193</sup>, na medida em que representam o conjunto da jurisprudência reiterada acerca de um tema, ou seja, um posicionamento jurisdicional dominante no decurso de um determinado período de tempo, e originados de quórum específico de membros de tribunais que possuam essa competência, garantindo segurança jurídica; 4) a publicidade das decisões e a obrigatoriedade de serem as

---

<sup>189</sup> *Op. cit.*, p. 3.

<sup>190</sup> Lembrando, novamente, que nem todos os aspectos do ativismo judicial são necessariamente ruins, como exposto.

<sup>191</sup> Como ocorre em outros países, à semelhança de diretores de escolas e membros de conselhos tutelares, com mandato específico e com jurisdição sobre uma comarca ou distrito cujos eleitores democraticamente o escolheram, ocorrendo, portanto, a legitimação representativa. De maneira diversa, os membros dos tribunais são indicações políticas, exceção feita ao quinto constitucional, que embora alguns possam denominar de legitimação mediata, por serem os chefes do poder Executivo que os nomeiam eleitos pelo voto popular, essa escolha não se dá pelos mesmos critérios, ao contrário, normalmente pela conveniência do grupo político dominante no momento da indicação.

<sup>192</sup> A responsabilidade pela decisão de (in)constitucionalidade não revelaria, assim, um juízo discricionário de cunho monocrático, além de, em tese ao menos, a maior experiência e maturidade dos membros dos tribunais comparativamente a juízes, muitos dos quais recém empossados, concorreria para decisões mais atentas à realidade social dinâmica e diversificada.

<sup>193</sup> Embora no sentido inverso, elas sejam um mecanismo que tendem a evitar a efetivação de anseios sociais por meio de decisões inovadoras de juízos de grau inferior.

mesmas motivadas<sup>194</sup>, minimizando os eventuais conluios por meio da transparência do processo, ademais de tornar mais difícil justificar decisões com base em argumentos meramente políticos ou ideológicos; 5) as audiências públicas para ouvida das partes interessadas<sup>195</sup>, o que ocorreu, por exemplo, no caso da ADI 3510<sup>196</sup> que contestou a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05); 6) a revisão ou supervisão, por assim dizer, das decisões de controle de constitucionalidade, especificamente em respeito ao princípio da separação de poderes e outros elementos do alicerce do edifício constitucional, por meio de um quarto poder, moderador, democraticamente eleito<sup>197</sup>; 7) a presença cada vez mais frequente da figura do *amicus curiae*, através do qual os tribunais superiores podem captar a percepção da sociedade em temas que possuem relevante repercussão social<sup>198</sup>; 8) bem como, finalmente, as consultas públicas realizadas nos sítios eletrônicos<sup>199</sup> dos diversos tribunais aos moldes do que já ocorre nos sítios da Câmara Federal e do Senado Federal sobre projetos de lei em trâmite.

---

<sup>194</sup> Conquanto com a problemática já suscitada do exercício ideológico de métodos de hermenêutica constitucional.

<sup>195</sup> Medida mais próxima possível na realidade local de tentativa de legitimar decisões envolvendo temas complexos e controvertidos, em que pese a maior mobilização que determinados grupos apresentam em detrimento de outros, podendo ocasionar uma aparente legitimação democrática quando, de fato, derivou-se apenas de um momentâneo movimento político mais coordenado de um grupo em particular.

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510 / DF**. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe n. 96 de 28/05/2010. Disponível on-line em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26. nov. 2015.

<sup>197</sup> Dois cenários hipotéticos recairiam em: 1) a atribuição do poder moderador ao segundo lugar nas eleições majoritárias para presidente da república, atuando essa pessoa de maneira semelhante à figura do revisor num processo judicial em um tribunal; 2) em um governo parlamentarista, enquanto o chefe de governo seria o primeiro-ministro, escolhido entre os representantes populares no Parlamento, o chefe de Estado, também democraticamente eleito, poderia ser o responsável pelo poder moderador.

<sup>198</sup> Cf. MARQUES JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>199</sup> Consideração feita às limitações técnicas acerca da confiabilidade das informações coletadas, bem como do acesso a essa informação pela população em geral, e em especial pela parcela da população diretamente afetada pela controvérsia constitucional em discussão, que, contudo, apreciadas no contexto de outros elementos, podem indicar o caminho desejado pela sociedade, garantindo a legitimidade da decisão consentânea com a opinião levantada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinou-se, neste trabalho, aspectos de legitimidade nas decisões de controle de constitucionalidade e seu impacto no princípio da separação de poderes.

Para tanto, foram analisados:

O princípio da separação de poderes no seu conceito; desenvolvimento histórico (geral e no Brasil); seu caráter indispensável e inerente ao modelo de constitucionalismo no qual é baseado um Estado Democrático de Direito, de cunho social, como o brasileiro; suas limitações e reinterpretação no direito moderno; o sistema de freios e contrapesos; funções típicas e atípicas da atuação estatal; e, por fim, a possibilidade da reintrodução do poder moderador, como responsável por garantir o alicerce democrático dos princípios constitucionais, entre os quais o da divisão de poderes.

A legitimidade, conceito e problemática; uma construção histórico-social; a diferença entre legitimidade e legalidade; a separação entre Direito e moral e suas implicações; aspectos filosófico, sociológico e jurídico; legitimidade no exercício do poder; a questão se todo governo legal é legítimo; a problemática da legitimidade das decisões estatais (problema da informação, problema das vozes destoantes etc.); e o problema das decisões legais mais ilegítimas.

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, começando pelo seu desenvolvimento histórico pátrio desde a Constituição de 1891, passando por todas as demais até chegar à atual de 1988, suas evoluções (e involuções); os modelos ou critérios segundo o qual o controle pode ser classificado; e, finalmente, os instrumentos ou remédios constitucionais por meio dos quais opera o controle de constitucionalidade de atos ou normas do poder público.

Aspectos de legitimidade em decisões de controle de constitucionalidade, que opera, no âmbito do Poder Judiciário, especialmente por meio do ativismo judicial; o argumento da inércia legislativa; a legitimação das decisões judiciais; a “moldura” hermenêutica e a nova hermenêutica constitucional; uma abordagem metodológica de cunho neutro e institucional do ativismo judicial; a prerrogativa constitucional de defesa dos direitos e garantias fundamentais pelo STF; argumentos a favor e contra a legitimidade das decisões de controle de constitucionalidade; o debate entre substantivistas e procedimentalistas no que tange ao Poder Judiciário estar ou não ferindo o princípio da separação de poderes; exemplos práticos de ativismo judicial no âmbito do STF (v.g.: aborto de fetos anencéfalos, aposentadoria especial para servidores públicos, greve de servidores públicos, regulamentação

do casamento homoafetivo, perda de mandato eletivo por infidelidade partidária); aspectos da pretensa inércia legislativa e omissão estatal; e, finalmente, iniciativas para ampliar o caráter democrático das decisões de controle de constitucionalidade, maximizando a sua legitimidade popular.

Como foi possível perceber, os diversos campos de estudo que foram necessários para atingir o escopo deste trabalho possuem em cada tema uma quantidade praticamente inesgotável de assunto. Sendo assim, foi necessário fazer um recorte epistemológico de modo a que a ideia por trás do mesmo fosse bem compreendida em suas muitas nuances, mas também delimitada de modo a não perder o foco do que se pretendia examinar.

Nesse sentido, privilegiou-se, no caso do *locus* em/da crise, o princípio da separação de poderes, uma vez que se fossem analisados todos os demais “locais” cuja crise pode ser observada, extrapolar-se-ia o aspecto jurídico, entrando na seara da política ou da filosofia, já que muitos dizem que a crise existente na sociedade atual, mormente na brasileira, passa por uma desconfiança nas instituições, em particular nas de cunho político-jurídico, e entra na seara dos valores, com a própria desumanização da pessoa, tornada cada vez mais em coisa; na separação de poderes, em particular o aspecto da legitimidade das decisões de controle de constitucionalidade, pois é uma matéria sensível onde aquela encontra diariamente severas limitações; e nesta última, as decisões jurisdicionais, já que estas compõem a maioria das decisões de controle de constitucionalidade, e não apenas isso, mas aquelas oriundas do poder com menor “legitimidade democrática”, como pôde ser visto.

Finalmente, embora sem encerrar o assunto, foram sugeridas algumas possíveis iniciativas com o fim de “corrigir” ou minimizar esse “problema”, de modo a tornar mais legítimas essas decisões, respeitando o princípio da separação de poderes, na medida em que o Poder Judiciário alcança as diversas opiniões sociais sobre os temas em julgamento, realizando ainda assim os direitos constitucionais no plano concreto. Nesse sentido, seria interessante uma avaliação metodológica de cunho prático da viabilidade de cada uma das soluções propostas, examinando o histórico de sua aplicação nos diversos órgãos do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, o maior ou menor respaldo social das decisões tomadas no contexto da comunidade global (não apenas uma em particular), e o esforço de autocontenção operado pelo órgão julgador, ou seja, até onde ele precisou ir sem ofender o princípio da separação de poderes, atuando como legislador ordinário ou mesmo constitucional. Essa análise, contudo, conquanto pertinente e complementar, fugiria ao escopo deste trabalho.



## REFERÊNCIAS

- ARCAYA, Óscar Gogoy. **Antología Política de Montesquieu**. Revista Estudios Públicos, Santiago de Chile, n. 62, otoño, 1996. Disponível on-line em: <[http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1025\\_234/rev62\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1025_234/rev62_godoy.pdf)>. Acesso em: 11/10/2015.
- BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 30. Disponível on-line em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224197>>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política I**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.
- Brasil. **Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- Brasil. **Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 out. 2015.
- BRASIL. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BRASIL. **Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.
- BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

**BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível on-line em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 14 out. 2015.

**BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível on-line em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969.** Disponível on-line em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 21/10/2015.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510 / DF.** Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJe n. 96 de 28/05/2010. Disponível on-line em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 26. nov. 2015.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 32033 / DF.**

Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Relator p/ Acórdão: ZAVASCKI, Teori Albino.

Publicado no DJ n. 33 de 18/02/2014. Disponível on-line em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=33&dataPublicacaoDj=18/02/2014&incidente=4397298&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de**

**Inconstitucionalidade n. 2.215 / PE.** Relator: MELLO, Celso de. Decisão Pendente de Publicação. Disponível on-line em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo224.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed., 9. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Montesquieu e a Releitura da Separação de Poderes no Estado Contemporâneo: Elementos para uma Abordagem Crítica.** Revista Lex Humana, Petrópolis, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009. Disponível on-line em:

<<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21>>. Acesso em: 08/10/2015.

CHURCHILL, Winston. Londres: Casa dos Comuns, 11 nov. 1947. Discurso na Casa dos Comuns.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado.** Brasília: Thesaurus, 2008.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MORAES, Filomeno. **Fidelidade partidária à luz da separação de poderes: ativismo judicial (in)constitucional? – Debate acerca dos limites entre o princípio da fidelidade partidária e da soberania popular**. Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d0aaf39f31aed7d7>>. Acesso em: 25. nov. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2010.

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973. Tradução: Marcus Cláudio Acqua Viva. Apud FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. **Liberdades Públicas**. São Paulo, Saraiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário Compacto Jurídico**. São Paulo: Rideel, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação de poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARQUES JÚNIOR, William Marques. **Influxos do neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos direitos fundamentais sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das teorias da reserva do possível, do mínimo existencial e da máxima efetividade**. Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b8ee525c85be84>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

MICHAELIS. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário de Português Online**. Disponível on-line em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=legitimidade>>. Acesso em: 24 set. 2015.

MICHAELIS. Legítimo. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário de Português Online**. Disponível on-line em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=leg%EDtimo>>. Acesso em: 25 set. 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

REDE DE ENSINO LUÍZ FLÁVIO GOMES. **STF reconhece a constitucionalidade da Resolução do TSE sobre fidelidade partidária**. Disponível on-line em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/171084/stf-reconhece-a-constitucionalidade-da-resolucao-do-tse-sobre-fidelidade-partidaria>>. Acesso em: 25. nov. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Disponível on-line em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2244](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select_action=&co_obra=2244)>. Acesso em: 05/11/2015.

SANTOS, Washington dos. Legitimidade. In: \_\_\_\_\_ **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Traducción de Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

SGANZERLA, Rogério. **Ativismo ou Separação de Poderes? Até onde o aborto pode ponderar?** Disponível on-line em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7164e1051f613361>>. Acesso em: 20/11/2015.

SILVA, Heron Ferreira da. **Existência Concomitante de Atos Legais e Ilegítimos**. Brasília: 2008. Disponível on-line em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.20614>>. Acesso em: 30 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.