

O ESTADO CONSTITUCIONAL E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Sérgio Borges Nery

Mestrando em Direito Constitucional pela Unifor. Advogado.
sergiobnery@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) A natureza da constituição. 2) O guardião da constituição. Conclusão.

Resumo: Neste artigo, procura-se examinar o papel da Constituição para o Estado, investigando, primeiramente, a natureza desse texto. Inicialmente, faz-se um excuro sobre os fundamentos filosóficos que sustentam a Constituição. Em seguida, busca-se delinear algumas questões constitucionais conducentes a paradoxos e a sua relação com o poder. Logo após, discorre-se sobre o problema da indicação de um guardião do texto constitucional, por meio da evidência das virtudes e debilidades institucionais dos poderes clássicos reunidos no Estado. Na conclusão, faz-se uma breve síntese dos argumentos esgrimidos ao longo do estudo e apontam-se as Cortes Supremas como legítimas guardiãs das Constituições.

Palavras-chave: Constituição. Natureza constitucional. Guarda da Constituição. STF.

INTRODUÇÃO

A sociedade tem sido o centro de fervorosos debates naquilo que se apegue à sua natureza. Talvez por isso, tenham os estudiosos fixado especial diligência na persecução da natureza social dos indivíduos.

Os esforços empreendidos para a demonstração da natureza gregária do ser humano são inúmeros, desde tempos imemoriais. Na Antiguidade clássica, já nos dava notícia Aristóteles (2003, p. 14) do caráter político do espírito humano¹, sem, contudo, esclarecer dessa natureza e de seus fundamentos. Para Althusius (2003, p.103), o fim do Homem é a sua simbiose, ou seja, o Homem nasce para a comunhão entre os seus. Nesse sentido, também a Escola de Direito Natural² e os Velhos Padres da Igreja³.

¹ O Homem como animal político, na acepção de sociável, surge como premissa na obra de Aristóteles, seguido da conclusão de que aquele que deixa de participar de uma sociedade não o faz por instinto, emendando que o isolado “é um ser vil ou superior ao homem” ou “um bruto ou uma divindade”.

² Cujos membros mais insígnies foram Puffendorf, Wolf e Grotius.

³ Notadamente São Tomás de Aquino, quando fala que a ordem social será tão mais perfeita quanto imitar a ordem natural, derivada de Deus.

A natureza de um objeto deve ligar-se às suas qualidades nucleares, para extrair os caracteres inafastáveis adquiridos na sua genealogia e incondicionalmente transmissíveis. Reveste-se a natureza, pois, de conteúdo inabalável, cujos questionamentos assentam não sobre seu atavismo, mas sobre a sua aplicação ao objeto em apreço.

Nesta forma, o associativismo de nosso gênero não poderia ser havido como acidental, mas como traço indeclinável de nossa existência. Aos naturalistas, porém, falta o cuidado em examinar fenômenos continuamente repetidos na História do ser humano, tais como o isolamento voluntário, o suicídio e a renúncia espontânea em participar das atividades sociais dirigidas ao público (BONAVIDES, 2007, p. 60). Esses fenômenos, longe de registrarem uma exceção ou uma corrupção natural, sinalizam a presença, essa sim, natural da vontade individual, voltada para seu interesse. A associação de várias famílias numa vida comunal demonstra, antes de tudo, a busca por uma existência proveitosa e a consciência de fragilidade.

O mecanicismo, de sua vez, prefere ao intelecto racional dos homens. Ao afirmar-se que os homens reúnem-se em torno de uma autoridade que se lhes assista, transmite-se a idéia de uma deliberação endógena, fulcrada numa equação de fácil entendimento de que as necessidades e fragilidades humanas deixarão de ter endosso na vida isolada do convívio. Assim, a ultima ratio do Estado seria prover aos seus súditos a proteção contra suas fraquezas e prestar-lhes as mínimas comodidades para o gozo de uma existência produtiva (MELLO, 2005, p. 632)⁴. Tal e qual o mínimo social de Rawls (2002, p. 134), o Estado faz justiça ao determinar um ajuste estamental (SARANYANA, 2006, p. 325)⁵ no qual as funções sejam ocupadas em razão da sua complexidade e determinados os seus agentes pelo mérito objetivo que ostentam, garantido sempre o acesso ao mínimo.

Para os contratualistas, como Rousseau (s.d., p. 50-51)⁶ e Hobbes, a vida em comum surge de um pacto, cuja premissa remete à renúncia de sua soberania individual em proveito da fruição de vantagens mais elevadas e inatingíveis desorganizadamente. Correto extrair que o fundamento da vida em sociedade se cifra na racionalidade do Homem, que reflete e conclui pela cessão de suas liberdades inatas, para aderir a uma avença coletiva protetora de seus desejos.

⁴ Tese central de mestres do Direito Administrativo, como Jêze, Bonnard, Rolland, constituintes da “Escola do Serviço Público” e que expõe uma tendência ao reconhecimento do Estado como ente finalístico. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 632).

⁵ Não diverge dessa visão a filosofia tomista de um todo integral de “partes rígidas e hierarquizadas, harmoniosamente dispostas”.

⁶ Em Rousseau lê-se que o pai se assemelha ao Chefe de Estado, os filhos ao povo, “*and all, being born free and equal, surrender their freedom only when they see advantage in doing so*”.

A sobredita renúncia, a seu turno, refere-se ao *imperium in totum* que cada cidadão tende a possuir quando de sua nascença. Por tudo, conclui-se que ao delimitar sua órbita de atuação, esteja o Homem em processo de elaboração intelectual dos melhores destinos a si, resguardando-se do Mefistófeles que nos habita.

Pode-se dizer que, da observação dos múltiplos núcleos de associação humana, o Estado é a forma mais complexa de comunhão entre os seres humanos, muito embora novas ordens globais já estejam batendo à porta das ciências sociais – fenômenos como a globalização, formação de blocos internacionais, organizações multilaterais, etc. – mas que não obscurecem a importância, sequer almejam tanto, do Estado.

Das múltiplas definições de Estado, como ente que se encontra no termo dos grupos civis, pode-se adotar a de Hegel (2003, p. 216), para quem:

O Estado é a realidade em ato da idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.

Por esta conceituação, o Estado é o reflexo atual da idealidade, calcada na moral, tocante a todos, permeada pela revelação e onisciente de suas habilidades porque sabe, conhece.

A vontade a que se dirige a frase de Hegel emerge translúcida: o conhecimento. Pela estrita sobrevivência tem o Homem sua essência imediata, pela consciência, a mediatidade de sua existência, que, como nos brinda Sartre (2004, p. 200), a precede. Sob este signo, o Estado deve afastar, em ato civilizatório, o Homem de seus próprios demônios, para encetar sua atuação no progresso iluminado pelo saber. Parece respondida a indagação de Burdeau (2005, p.23): deve comandar o conhecimento, por quem de direito o detiver⁷.

A soberania de uma nação repousa, no exercício de independência e desenvolvimento de um Estado, que se autovincula para todos os fins, observando e respeitando a heterogenia dos cidadãos e cedendo a esta o panteão da defesa das liberdades e iniciativas. O Estado é, pois, provedor do aceitável e garante da pluralidade.

1 A NATUREZA DA CONSTITUIÇÃO

A constituição ventila os mais diversos significados particulares, mas, no entanto, arregimenta todos em torno da noção de essência e dos elementos que constituem o objeto em pesquisa no seu conjunto. Em todos os sentidos, verifica-

⁷ Segue a pergunta: “É desagradável ser enforcado por ter desobedecido ao chefe que não era o certo. Mas como evitar essa desventura se não se sabe quem tem o direito de comandar?”

se que constituição exprime a idéia de modo de ser de alguma coisa (SILVA, 2003, p. 37).

A constituição que ora se passa a investigar, diferentemente das concepções outras, é a Constituição Política de um Estado e as manifestações teoréticas a ela vinculadas pela doutrina. Sublinhe-se que a constituição, como modelo formal de ordenamento, não funda uma sociedade, que a precede, ainda que produto de um poder constituinte e, portanto, como expressão desse poder, lhe sucede. Cumpre dizer, a bem da História, que poder constituinte sempre existiu, seja nas orientações do *paterfamilias*, seja nas criações normativas ou revogações promovidas pelos monarcas (BONAVIDES, 2003, p. 141), completando o trânsito da *supremitas* para a suprema potestas. Ao *paterfamilias*, aliás, cabia a decisão fundamental e controle rígido da sua prole, seja na saída de sua filha para compor nova família ou para exercer o *jus vita ac necis* em desfavor de um filho.

O poder constituinte é, e não se escapa dessa constatação por axiomática, uma espécie de poder, e assim deve ser conhecido para a boa condução do raciocínio, sugerindo com ênfase a característica política da constituição, em detrimento de outras concepções úteis, mas em descompasso com a essencialidade. Em verdade, há quem diga que a constituição opera uma despolitização da sociedade, ao traçar todos os parâmetros de distribuição das parcelas potestativas e encerrar as discussões legítimas desse parcelamento, movimento batizado de *ancoragem constitucional* (SCHMITT, 2003, p. 229). Tal concepção se esposa do pensamento normativista kelseniano que adstringe o poder a uma moldura (KELSEN, 2000, p. 393). Nessa visão, ocorre a substituição do debate político, enquanto busca de terreno para atuação de poder, para o campo do reconhecimento acertado das *deliberações racionais irrepreensíveis*, gerando, com isso, um cerceamento da liberdade. Tal não ocorre. A liberdade escapa ilesa da dialética argumentativa, posto que seu lugar no tempo é anterior à realidade do ato em apreço, reunindo todos os interlocutores capazes e cedendo-lhes voz. A unicidade dá-se, apenas, na execução da decisão consensuada, fortalecendo seu teor e garantindo uma convergência de esforços.

Bastante coerente é a linha sociológica empregada para a concepção de Constituição. Por ela, seria a constituição uma soma dos *fatores reais do poder* (LASSALE, 2004, p. 48), onde não há espaço para lucubrações teóricas e na qual só se concebe a realidade, despojada de mandamentos vazios de força ativa. Proveitosa essa definição porquanto assume, em plenitude, os enunciados da teoria do poder quando, a bem da ciência, enxerga a estreita ligação da normatividade com o efetivo exercício do poder, reconhecendo nas tradições um liame de vinculação obrigatória e memorial.

A posição histórica das constituições remete à reflexão da ambiência na qual se desenrolaram. A ocupação de um espaço constitucional deu-se antes mesmo de vir a lume qualquer texto positivo a reconhecer-se constitucional. Foi assim com o Jusnaturalismo, que pregava a existência de um elenco de direitos

subjetivos inatos ao Homem cujo conteúdo se sinalizava, mas, todavia, se deixava de esclarecer do fundamento, em franco prejuízo à prova de sua validade. Nesse sentido, trazia ao cenário jurídico um rascunho de intenções sem a preocupação de sua exigibilidade e força normativa, tal como as Declarações de Direitos; e aspergiam no seio social conteúdo de nítida índole filosófica e vetorial.

As Cartas liberais, a seu turno, regozijavam-se de expurgar o caráter absoluto, personificado e concentrado na figura dos monarcas do *ancien régime*. Esses textos, marcados pela atuação decisiva da burguesia emergente, referendavam o postulado da ampliação do espectro de atuação da nova classe, motivada pelo temor legítimo da ingerência do monarca absoluto nas transações comerciais que já se faziam presentes em muitos Estados. Registre-se que a burguesia de então não gozava da confiança dos reis, esta depositada numa nobreza jurada a defender a coroa, muitas vezes às centúrias. Dessa urgência, surge o traço angular dos novos textos constitucionais: a liberdade. Da liberdade, nasce o Estado de Direito e o culto à lei. Os núncios da lei, pandectistas e exegetas, asseveravam da completude do sistema legal como imperativo, não restando lacunas ou obscuridades a sofrer integração por qualquer intérprete ou outra fonte. Tratava-se, pois, de um assunto pertinente à segurança jurídica.

O Estado social, tão em voga na prosa dos juristas, amplia não só o debate como traz-lhe novas referências. Por Estado social deve entender-se um ente voltado à satisfação das carências materiais dos seus cidadãos, em clara oposição à liberdade de iniciativa, posto que essa se incompatibiliza com este Estado quando assume a direção imediata das ações e colide, frontalmente, com a ordem econômica invariavelmente vigente na contemporaneidade entre as nações. O Estado social, para manter-se, costuma lançar mão de dois expedientes: o financiamento direto – pelo estabelecimento de empresas públicas; ou o financiamento indireto, pela tributação excessiva – para cumprir a agenda dilatada das garantias que oferta. Em ambos os casos, fica a descoberto a congruência do sistema normativo com a ordem econômica eleita por este mesmo Estado, gerando um descompasso entre Direito e Economia. Desse hibridismo surge a morosidade no desenvolvimento econômico e o aprofundamento das frustrações sociais diante de um Estado mastodôntico e incapaz de prover o dever básico da equalização de oportunidades. O capitalismo, como modo de produção mais eficiente e de encontro às expectativas naturais do Homem, reveste-se de aríete da liberdade, onde se encontra a plenitude da iniciativa sem reservas étnicas, raciais ou de outra ordem qualquer. As marcas fundamentais do Homem são a fragilidade e a necessidade, aquela compensada pela prestação material do capital e esta pela proteção enxuta do Estado.

Nada obstante o exame dos contornos históricos do Estado, não se pode declinar da investigação do sistema político vinculado à Teoria da Constituição, diálogo perturbador que se deve travar tendo em vista o conjunto sistêmico apresentado pelo ente estatal. O sistema político diz respeito ao estabelecimento

das formas de poder e do seu entrelaçamento, realçando as causas e efeitos de cada um deles.

Para Canotilho (2002, p. 1367), que organiza sua tese em gerações sistêmicas, ganha acento a ordem temporal que pretende inculcar ao estudioso, pelo título atribuído, uma aura de retrocesso ao sistema que enxerga como anterior.

Chega-se, neste ponto, à exposição do sistema que mais se adequa ao discurso da primazia do conhecimento: o cibernético.

A teoria cibernética como sistema político indica que há uma *ciência de pilotagem* (CANOTILHO, 2002, p. 1367), voltada ao comando, concepção e regulação de sistemas complexos cuja finalidade é servir de filtro para a inserção das variáveis que julga indispensáveis, através de um processo de releitura ou conversão destinada ao correto armazenamento no centro nervoso político de uma nação – por representar a linguagem cibernética um campo pouco acessível ao homem médio, dada a complexidade do sistema na sua unidade e reflexos. Este sistema prioriza as demandas exógenas ao centro nervoso, que se encaminham através dos circuitos próprios a este fim e que recebem, a todo tempo, o *feedback*⁸ por informações tornadas claras aos cidadãos. Não é necessário empreender grande esforço para compreender que o Estado possui linguagem específica, técnica e, por isso, demanda um sistema de processamento das aspirações para a formação de uma vontade nacional adequada às suas possibilidades e à antevisão dos seus efeitos. A complexidade é característica do Estado – como afirma Jorge Miranda.

Em contraposição ao sistema cibernético, encontra-se o sistema auto-organizativo, pelo qual um conjunto indeterminado de cidadãos possui a legitimidade para interpretar a constituição e promover a sua contínua construção, fenômeno conhecido por autopoiese. A autopoiese, em análise de pouca profundidade, se revela como bastião de uma concepção construtivista e recebe o apoio da teoria científico-espiritual de Rudolf Smend (BONAVIDES, 2003, p. 181), que os juristas disseminam como a visão do Estado como integração.

Para este estudioso, a constituição cumpre papel integrativo entre o Direito e a Política, elevando à condição de normativo o fato, e reconhecendo no realismo a existência dinâmica do Estado. O concretismo dessa aceção, portanto, ganha vulto na obra de Smend, que, todavia, não permanece imune às críticas. Ceder à constituição natureza concretista é revelar o pragmatismo de Lassale, donde o texto constitucional não se mostra sequer mecanismo balizador de mutação social, senão apenas um espelho através do qual se vislumbra uma realidade do passado recentíssimo, por reflexo. Duas outras objeções se levantam em desfavor da teoria da integração: a) o conceito político de Constituição atém-se somente à teoria material da norma ápice, recusando-lhe a estrutura formal-jurídica, com os

⁸ Retroação (tradução livre do autor).

prejuízos daí evidentes. A constituição política não trata do *power balancement*, mas da abertura descriteriosa às críticas meramente opinativas e construções de cuja cientificidade se desconfia e; b) o Estado como integração não revela o traço firme de uma teoria criativa, chegando a ser questionada como pleonasma de uma teoria do Estado pré-existente e genericamente sem conteúdo (KELSEN, 2003a, p. 61)⁹. A autopoiese é, neste embate, um sistema constitucional de absurdo lógico, na medida em que se auto-referencia e conduz à perplexidade da seguinte equação: como um sistema de normas supremas pode ter as regras de sua reforma reformadas? (NEVES, 2007, p. 141.)

Todo esse dissídio resume-se no paradoxo da democracia de Elster, pelo qual “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores” (CANOTILHO, 2002, p. 1433). A técnica conhecida para a decolagem de um processo de libertação das limitações impostas foi cunhada por Elster: *bootstrapping*.

A autovinculação, aliás, problematiza o viés liberal e social da constituição, nas formas negativa – catálogo de condutas omissivas e proibições e; positiva – conjunto de ações comissivas exigidas; respectivamente (CANOTILHO, 2002, p. 1431). Estes termos são colocados na forma de dilemas cuja predileção resta feita pelo só uso das expressões empregadas, porquanto trata do dilema liberal como dicotomia de um/todos; e de código binário da unidade/pluralidade (CANOTILHO, 2002, p. 1453).

Por fim, resta dizer do endosso ao pseudo-pessimismo hobbesiano externado por um dos mais altivos representantes do historicismo:

Nenhum direito, quer o do indivíduo, quer o dos povos, está livre desse risco (da sua lesão ou subtração), porque ao interesse do titular do direito em defendê-lo sempre contrapõe, na sua esfera, o interesse de outrem em desrespeitá-lo, do que decorre que a luta se repete em todas as esferas do direito, tanto nas regiões inferiores do direito privado como nas alturas do direito público e do direito das gentes (IHERING, 2003, p. 37).

Por esta sentença, Ihering resume a natureza do Homem e a função-natureza da constituição.

⁹ Para Kelsen, a teoria de Smend não inaugura nova era no Direito Constitucional. Ao revés, consubstancia uma velha máxima ao substituir a expressão: *O Estado é um processo contínuo de união entre os homens; por: O Estado só existe porque e na medida em que se integra constantemente, construindo-se no indivíduo e a partir deles – e nesse contínuo processo consiste a sua essência como realidade sócio-espiritual - Smend).*

3 O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A guarda da constituição enseja os mais diversos debates, não porque se enxergue dissídio quanto à necessidade do seu resguardo, mas nas tentativas de investidura da guarda a um determinado órgão estatal. As esferas de poder soberano de um Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – permanecem em constante tensão naquilo que se refere aos limites das suas funções, pelo vácuo que a abertura principiológica e a baixa densidade concreta das normas constitucionais apresentam.

Os argumentos que explicam o Judiciário como guardião da Constituição assentam, basicamente, no advento da criação teórica dos tribunais constitucionais pelas nações. A lavra teórica foi antes uma adequação de fundamento que o fruto de uma elaboração criativa que teve como parâmetro a Suprema Corte norte-americana. A exemplo do sistema parlamentarista, derivado da ambiência histórica inglesa, os Estados Unidos reconheceram na aversão à monarquia a motivação não apenas do presidencialismo, mas da fundação de uma Corte de Justiça responsável pela guarda da Constituição, pronunciada no célebre *writ* de 1803¹⁰.

A despersonalização operada pela teoria republicana, muito útil nas nações que se valem desse sistema, fixou a idéia do governo das instituições, afastando dos Estados adotantes da república a noção da transmissão dinástica do poder, substituída pela condução via eleitoral dos governantes. Antes, porém, o Reino Unido já fizera a clássica distinção entre chefia de Estado e chefia de governo, iniciada no reinado de Jorge I, da casa de Hannover, e que teve em Sir Robert Walpole, conde e *whig* nascido em Norfolk, o primeiro ocupante do cargo de Primeiro Ministro britânico, ainda sem esta designação oficial.

A Ciência Política tem por hábito dizer que a monarquia se investe de um poder tradicional, fundado na ancestralidade do governo de uma família, e que o reconhecimento da autoridade do rei, além de tradicional (HUME, 2003, p. 22), recheia-se de simbolismo e vulto moral. Nesse contexto, a função executiva do rei, antes da partição dualista, restava intranquilamente concentrada, no passo em que as demais instâncias se subordinavam aos humores do monarca. Não havia claro delineamento das funções dos órgãos então existentes e tampouco a adequação das ordens reais à segurança de um ditame que se lhe vinculasse.

A sombra moral exercida pelos reis deriva diretamente do fundamento que se dá ao próprio sistema monárquico, qual seja, a honra. No conceito de honorabilidade, repousa um plexo de virtudes assemelhadas às cultuadas pelos bons homens e vividas em elevação espiritual. Da riqueza d'alma, surge o modelo moral do ente a exercitar o poder. Trata-se, aqui, de um simbolismo inerente aos

¹⁰ Marbury v. Madison – 5 U.S. 137; 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352.

indivíduos, da sua natureza mesma, que busca incessantemente uma imagem cuja projeção se pretenda reproduzir. A isenção e a cautela dos juízes inflam os povos de uma república dos ares de reserva moral, antes confinados nos reis, no que o desvio do sujeito, antes de originar dano, conserva a humanidade dos cidadãos e não traz obstáculos à condução de um Estado.

Com o advento das monarquias constitucionais, porém, muda o panorama do exercício imoderado do poder pelos reis. Os textos constitucionais, mesmo os não escritos, passaram a adquirir o relevo antes devotado aos monarcas, que perderam a totalidade da esfera de poder e, em alguns casos, a própria cabeça. Nesse sentido, a velha Inglaterra passou, após a Guerra Civil de 1642/51, a cultivar não apenas os textos constitucionais como também o Parlamento — manjedoura da oposição ao rei Carlos I e que interrompeu, brevemente, a monarquia inglesa para em sua substituição criar a *Commonwealth of England*, capitaneada pelo *Lord Protector* Oliver Cromwell.

O legislativo inglês tem, na *House of Lords*, a câmara alta do sistema bicameral que se popularizou nas mais distantes nações e, dela, paradoxalmente, surge uma distinção pouco comum nos países: a Casa dos Lordes assume a função de tribunal constitucional, evidenciando o elevado apreço dos ingleses por seu Parlamento. Ocorre que, ciosos dos prejuízos institucionais da confusão entre a legiferância e os julgamentos, acharam os parlamentares britânicos de alterar o cenário vigente por um ato constitucional — *Constitutional Reform Act 2005*¹¹ — que criou a Suprema Corte do Reino Unido, a instalar-se em 2009, formada por doze juízes (*Lord Justices*) e com competência para revisão de ordens e julgamentos, na esfera civil, com as prerrogativas devolutivas em sede de apelações. Dessa conformação, ainda tímida se submetida a comparações com outras Cortes Constitucionais, não se pode esperar grandes inovações na seara dos poderes soberanos, mas, por si só, levanta o último bastião considerável de defesa da inexigibilidade de uma corte constitucional ou sua confusão com os legisladores.

Merece atenção, nesse momento, a teorização de John Locke sobre os governos civis. De seu pensamento se extrai a assertiva de que o Poder Legislativo é o supremo poder, estando adiante dos demais. Embora reconheça no legislativo a supremacia dos poderes de uma nação, seu legado mais proveitoso refere-se à *prerrogativa*. Por ela, entendia o poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela (LOCKE, 2001, p. 530). A investidura da prerrogativa deveria dar-se na figura do Poder Executivo, nisto se assemelhando ao discurso de Schmitt sobre a investidura do *Reich*, para os casos em que o legislativo não houvesse dado tratamento legal ou nas intercorrências

¹¹ Texto completo do ato disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_1>. Acesso em: 10 jun. 2008.

imprevisíveis e urgentes. Desse modo, estaria autorizado o governante a tomar as providências que a boa direção dos negócios de Estado recomendasse. Toda essa elaboração, entretanto, sofre de uma boa-fé intransigente no Poder Executivo, como que a imunizá-lo das corrupções a que o espírito humano costuma padecer. Para Locke, a usurpação dessa prerrogativa teria remédio apenas no apelo aos céus. O equívoco se estabelece no sujeito dessa prerrogativa, o Poder Executivo, quando, como poder neutro, deve-se investir aquele que goza da independência, imparcialidade e sabedoria dirigidas ao bem comum: o Poder Judiciário. A prerrogativa, pois, assiste ao Juiz.

Aos fundadores da América – Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 468) – coube a elaboração teórica da Convenção de 1787, na Filadélfia, para, no seu capítulo 80, artigo 2º, fixar a extensão dos poderes do Judiciário:

Se há princípio político incontestável é aquele que prescreve dar ao Poder Judiciário de todo governo a mesma extensão que ao seu Poder Legislativo; e, por outra parte, a necessidade de uniformidade na interpretação das leis nacionais decide a questão.

A par do sistema constitucional norte-americano, A. de Tocqueville (2001, p. 113) deu o necessário relevo ao Poder Judiciário local quando de seu exame das instituições. Causou espécie ao estudioso, em confronto com as constituições européias, a deferência dos estadunidenses aos seus juízes, especialmente naquilo que se refere à atuação política da Suprema Corte, nos seguintes termos: “juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político.”

Prossegue o magistrado francês na sua investigação para encontrar, nos tribunais, um instituto desconhecido dos países europeus, continentais ou não, a que os norte-americanos dariam o primeiro impulso – o controle de constitucionalidade. Por este, estenda-se o culto à constituição e a decorrência lógica da adequação dos atos do poder público e dos atos legislativos à sua letra. Com isto, os juízes americanos estavam autorizados a obstar a aplicação da lei se em descompasso com a Constituição. Sobre esta particularidade, manifestou-se Tocqueville (2001, p. 113):

Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar a aplicá-la, pois. Esse poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política.

Ora, se a constituição é política, as decisões judiciais com base no seu texto também o são. A democracia não empalidece com o aspecto político das decisões judiciais, antes ganha em vigor e qualidade.

Ainda sobre o poder, já se sabe que este não existe em realidade sem um sujeito-realizador, que assim se transfigura em senhor. Nesta conformação, o poder tem natureza de domínio e se lhe devem aplicar os caracteres de propriedade. Como propriedade, o efeito translático de domínio se dá pela tradição – quando os indivíduos renunciam à sua soberania particular fruto do estado de natureza, em proveito de si e exercício do Estado; ou, pela inscrição – quando um dos poderes de uma nação exorta a constituição, em ato de decisão, para preencher um vácuo potestativo intolerável derivado da omissão dos outros poderes, vide a prerrogativa, em especial a mora legislativa e os equívocos finalísticos da Administração. Admitido o vácuo, seu preenchimento é a prevenção contra o estado de anarquia e o caos político, donde o poder, pela omissão, se torna *res nullius* e passa a ser aceitável a sua incorporação noutra órbita de poder.

Toda forma de organização pressupõe a hierarquização de camadas, atendendo ao chamamento da funcionalidade – postulado da condução mais proveitosa dos negócios. Nesse caso, resta clara a definição de Jellinek (2000, p. 457): *Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye e desarrolla su voluntad*. A essa hierarquização necessária assiste a condução da coisa pública, por meio de indivíduos proeminentes em seu domínio de conhecimento (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 468)¹². Não se busca, com essa afirmação, o desterro da parcela da sociedade menos favorecida pela acumulação de saberes, mas a formação de uma aristocracia voltada ao governo de uma nação. Entenda-se, a par das deturpações, que a aristocracia a que se refere não repousa em linhagem sanguínea associada à nobreza medieval, senão reside num fragmento de população com o preparo gnosiológico destoante de qualquer estirpe.

A natureza política da constituição, pregada por Schmitt (2007, p. 193), vê seu triunfo na clareza dos argumentos que esgrima para justificá-la. Nada obstante, no que respeita ao guardião da constituição, se equivoca o constitucionalista ao apontar o *Reichführer* como destinatário de tão significativa tarefa. Parte Schmitt da teorização de Benjamin Constant sobre a necessidade de um *pouvoir neutre*, que se instalaria na pessoa de Estado, monarca ou presidente, e não na pessoa de governo, primeiro ministro. Àquele, incumbiria um rosário de prerrogativas destinadas a equalizar os poderes da nação. Todavia, a neutralidade desse poder, questiona-se, não enfeixa o êxito pretendido se confrontado com a natureza humana, antes explanada, mormente se considerada a anastomose involuntária dos valores deitados no espírito dos indivíduos. É de pouca prudência investir o Poder

¹² Para os federalistas, o fim primeiro de qualquer Constituição é entregar as rédeas do governo a quem mais sabedoria tiver para discernir o bem público.

Executivo, reconhecidamente vítima de um inchaço potestativo, em prerrogativas especiais, donde tende a resultar o exercício tirânico do poder¹³.

Tal neutralidade só dá-se por intermédio de um poder com características singulares, no qual a imparcialidade, a prévia provocação e a ausência de objetivos eleitorais constituem um dogma. A decorrência de que o *Reich*, na Constituição de Weimar, art. 41, unificava a autoridade e a soberania se basta ao propósito de Schmitt de indicá-lo ao poder neutro, o que configura uma inversão lógica, que se justifica diante da dicção constitucional, art. 102, de que os juízes se reportam à lei, unicamente¹⁴ e da falta de um tribunal constitucional, apenas contemplados os *Länder* com seus tribunais respectivos e a Federação, com uma justiça federal.

Para Schmitt, existe uma distinção básica a ser feita entre justiça constitucional e contrato constitucional. Por aquela, entendia o resultado jurídico das divergências constitucionais, que deveriam ter a prescrição da Constituição para limitar-lhes o alcance e trazê-las a uma relação de objetividade concreta com o conteúdo do texto constitucional. A Constituição, por este conceito, é mediadora de seu próprio alcance. De outro lado, o contrato constitucional prevê a constituição como pacto, e as divergências eventualmente surgidas devem reportar-se ao conteúdo deste contrato, para esclarecer-lhe. Por esta definição, a jurisdição constitucional abarca a análise do arcabouço da norma ápice, fixando, no caso concreto, o seu conteúdo. A relação, aqui, é de imediatidade para a correta provisão da demanda individual. Se, pois, a sociedade tem sua origem no mecanicismo, a constituição pode enfileirar-se como instrumento contratual-material da prestação jurisdicional levada aos tribunais.

Em pólo diverso, Hans Kelsen (2003b, p. 241-245) advoga a idéia da necessidade de um tribunal constitucional. A constituição é, para ele, o cume da pirâmide hierarquizada das normas, fundamento de validade das normas ordinárias (2000, p. 247). Derivada da superior hierarquia da constituição, haveria de ter-se um órgão especialmente dotado dos poderes de pronunciar-se acerca da constitucionalidade dos atos em geral – normativos, administrativos ou privados – inicialmente por via negativa. O controle judicial de constitucionalidade, surgido do pensamento norte-americano, é mero exercício da jurisdição, não se opondo a ele a limitação do julgamento restritivo, *in concreto*. O controle concentrado de constitucionalidade aparece na Constituição austríaca de 1920, em cuja lavra Kelsen teve participação essencial, a exemplo de Preuß, na Constituição de Weimar de 1919. A revisão geral das leis e seus efeitos, *erga omnes*, CF, art. 102, §2º,

¹³ Nesse sentido, a adoção prática do pouvoir neutre no Brasil Imperial pelo Poder Moderador (Constituição de 1824, art. 10 e art. 98) e na Alemanha nacional-socialista.

¹⁴ Semelhante vedação encontrou-se na Constituição brasileira de 1937, que, no seu art. 94, recusava ao Judiciário conhecer de matéria exclusivamente política.

pronunciam o controle por via de ação, numa demonstração clara de respeito e vinculação à constituição, e de economia processual e segurança jurídica. O controle incidental, este sim, amolda-se perfeitamente aos arautos do dissenso e desestabiliza o equilíbrio social que a normalidade constitucional busca construir.

A jurisdição constitucional, de um tribunal constitucional, baseado na constituição, só pode ser enxergada pela ótica da legitimidade de atuação política da corte. O Brasil, por sua Constituição de 1988, adota um sistema de controle de constitucionalidade híbrido - ou misto - no qual se verifica a incidência dos modelos em concreto e abstrato. Todavia, ultrapassadas as primeiras experiências com o modelo brasileiro, já é possível considerar que o país caminha, a passos firmes, na direção de uma concentração do controle. É o que se percebe do advento das súmulas vinculantes e das restrições formais e materiais do recurso extraordinário — notadamente a repercussão geral do art. 102, §3º — todos da criação do Poder Legislativo.

O Parlamento, por sua natureza dialética e representatividade, tampouco se presta a controlar os atos de sua própria edição, o que seria um duplo contrassenso – julgar inconstitucionais os atos que dele próprio emanam, mesmo preventivamente, evidenciando o despreparo institucional de seus integrantes; e concentrar no mesmo agente o produtor e julgador dos seus atos. Igualmente, a representação legislativa carece dos cuidados informados pela doutrina dos direitos fundamentais, ao tornar a decisão da maioria em submissão da minoria, cujo único recurso é a proteção da Corte Excelsa.

Canotilho (2002, p. 674) anota a posição do Tribunal Constitucional português como indiscutivelmente tribunal, salientando assim, o caráter restritivamente jurisdicional daquela Corte, para em seguida dizer do dever de guarda da constituição, afastando a doutrina do *judicial self-restraint*, assumindo aquele Tribunal uma *dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição* (2002, p. 677).

A consulta ao texto da Constituição Federal de 1988 faz reluzente o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, pela dicção do *caput* do art. 102 e resultado de uma escolha política - CF, art. 84, XVI - sepultando qualquer controvérsia sobrevivente. Ao Poder Executivo, incumbe o *zelo pela guarda da Constituição*, art. 23, I; o que corrobora o traço acessório do Executivo, que somente atua na instrumentação e defesa do guardião da constituição (VOLTAIRE, 2007, p. 174)¹⁵.

¹⁵ Tem cabida aqui, analogamente ao STF, a passagem sobre Moisés, lida em Voltaire, de que este se constituía em decrepitude e gagueira – na sobreposição entre razão e instrumentação para o poder – mas que, na sua senilidade, pôde conduzir todo o povo pelos vales desérticos e chegar à terra prometida. A esse escolhido, é tudo *sobrenatural [...] objeto de uma investigação mais sublime*. (VOLTAIRE, **A filosofia da história**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 174).

CONCLUSÃO

As eventuais amarras que a Constituição impõe ao poder político, elaborados pelo próprio, são na verdade expressão de um desejo de refrear o ímpeto de arrogância potestativa do Legislativo e a hipertrofia do Executivo. O modelo institucional do Poder Judiciário é menos suscetível a falhas de ordem política, como a influência da opinião pública e do colégio eleitoral sobre questões onde se verificam fragilidades culturais, interesses corporativos, demandas particulares e outras vicissitudes. A reemergência do tema do alcance da soberania popular faz-se sentir pela aceitação ou rejeição da possibilidade da condução temerária de um processo político que resulte em desastre para a própria sociedade que a postule. Esta autofagia irresponsável só encontra obstáculo na rigidez do texto constitucional, para o qual as Altas Cortes devem funcionar como alter-ego moral da sociedade e fórum de discussão qualificada. Nesses termos, é alvissareiro que o STF assuma posicionamento crítico e moderado, nos moldes das grandes casas superiores, cuja história e desenvolvimento político não sofreram das inclinações oportunistas e de popularidade momentânea.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BURDEAU, Georges, **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder 2003.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUME, David. **Ensaio Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. **O Estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2004.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. London: Penguin Books, s.d.
- SARANYANA, Josep-Ignasi. **A filosofia medieval**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2006.
- SARTRE, Jean Paul, FERREIRA, Vergílio. **O existencialismo é um humanismo**. Lisboa: Bertrand, 2004.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VOLTAIRE, **A filosofia da história**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION

Abstract: This article seeks to analyze the role of the Constitution before the State, examining, at first, its nature. It is presented the general philosophical foundations that support the Constitution. Thereafter, the discussion focuses on some constitutional paradoxal matters and its relation with power. The discussion evolves to the indication of a constitutional guardian by examining the State's institutions strengths and weaknesses. Finally, it is promoted a synthesis of all arguments alongside this study to point out that the Supreme Courts as the genuine Constitution guardian.

Keywords: Constitution. Constitutional nature. Constitutional guardian. STF.