

## OS FUNDAMENTOS BÍBLICOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL CATALISADOR DO JUIZ

Carlos Bernal-Pulido 

University of Dayton, Dayton, United States of America 

**Contextualização:** Este artigo afirma que. De fato, baseado em uma reconstrução conceitual da noção de "separação de poderes", este trabalho defende a tese de que as Escrituras atribuem aos juízes a função de incentivar as autoridades políticas a se comportarem de forma virtuosa a fim de proteger os direitos e interesses dos indivíduos.

**Objetivo:** o objetivo é sustentar que a Bíblia fundamenta o princípio da separação de poderes e atribui aos juízes a função de incentivar as autoridades políticas a se comportarem de forma virtuosa, a fim de proteger os direitos e interesses do povo.

**Método:** O artigo utiliza um método dedutivo para reconstruir a noção de "separação de poderes" a partir das Escrituras, discutindo as concepções de separação de poderes e analisando exemplos bíblicos que sustentam essa tese.

**Resultados:** As conclusões apresentadas neste artigo são relevantes para apoiar uma concepção que incentiva os juízes a desempenhar um papel catalisador, para que as autoridades políticas protejam efetivamente os direitos e interesses das pessoas através da criação de leis e da formulação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Divisão de poderes; Constitucionalismo; Supremacia judicial; Função judicial; Fundamentos cristãos da separação de poderes.

### THE BIBLICAL FOUNDATIONS OF SEPARATION OF POWER AND THE CATALYSING FUNCTION OF JUDGES

**Contextualization:** This article asserts that, indeed, based on a conceptual reconstruction of the notion of "separation of powers," this work defends the thesis that the Scriptures attribute to judges the function of encouraging political authorities to behave virtuously to protect the rights and interests of individuals.

**Objective:** The objective is to argue that the Bible underpins the principle of the separation of powers and assigns judges the function of encouraging political authorities to behave virtuously, in order to protect the rights and interests of the people.

**Method:** The article employs a deductive method to reconstruct the notion of "separation of powers" from the Scriptures, discussing the conceptions of separation of powers and analyzing biblical examples that support this thesis.

**Results:** The conclusions presented in this article are relevant to supporting a conception that encourages judges to play a catalytic role, so that political authorities effectively protect the rights and interests of people through the creation of laws and the formulation of public policies.

**Keywords:** Separation of powers; Constitutionalism; Judicial supremacy; Judicial function; Christian foundations of the separation of powers.

### LOS FUNDAMENTOS BÍBLICOS DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PAPEL CATALIZADOR DEL JUEZ

**Contextualización:** Este artículo afirma que, de hecho, basado en una reconstrucción conceptual de la noción de "separación de poderes", este trabajo defiende la tesis de que las Escrituras atribuyen a los jueces la función de alentar a las autoridades políticas a comportarse de manera virtuosa para proteger los derechos e intereses de los individuos.

**Objetivo:** El objetivo es sostener que la Biblia fundamenta el principio de la separación de poderes y atribuye a los jueces la función de alentar a las autoridades políticas a comportarse de manera virtuosa, con el fin de proteger los derechos e intereses del pueblo.

**Método:** El artículo utiliza un método deductivo para reconstruir la noción de "separación de poderes" a partir de las Escrituras, discutiendo las concepciones de la separación de poderes y analizando ejemplos bíblicos que sustentan esta tesis.

**Resultados:** Las conclusiones presentadas en este artículo son relevantes para apoyar una concepción que incentiva a los jueces a desempeñar un papel catalizador, para que las autoridades políticas protejan efectivamente los derechos e intereses de las personas a través de la creación de leyes y la formulación de políticas públicas.

**Palabras clave:** División de poderes; Constitucionalismo; Supremacía judicial; Función judicial; Fundamentos cristianos de la separación de poderes.

## INTRODUÇÃO

A Bíblia sustenta o princípio da separação de poderes e, em particular, uma concepção segundo a qual os juízes têm uma função catalítica. O trabalho defende a tese de que as Escrituras atribuem aos juízes a função de incentivar as autoridades políticas a se comportarem de forma virtuosa, a fim de proteger os direitos e interesses do povo.

Esta tese tem inegável relevância teórica e prática. Ela estabelece as bases para um conjunto de estratégias de desenho institucional e práticas de governança que, por um lado, se afastam das concepções estritas de separação dos poderes e, por outro, incentivam os juízes a catalisar as autoridades políticas para proteger os direitos e interesses das pessoas por intermédio da elaboração de leis e de políticas públicas.

A fim de atingir o objetivo proposto, este artigo está estruturado em cinco seções. Na seção 1 discuto o conceito de separação de poderes, bem como algumas de suas concepções mais significativas; em particular, apresento uma concepção estrita em oposição a uma teoria segundo a qual os juízes gozam de supremacia e desempenham um papel catalisador. Nas seções 2 e 3, mostro como a Bíblia fundamenta esta última concepção.

Nas seções 4 e 5 destaco a relevância teórica e prática desta concepção, em particular em relação a dois aspectos do constitucionalismo comparativo contemporâneo: a aplicação judicial dos direitos sociais fundamentais e as limitações ao exercício do poder de alterar a Constituição. A título de exemplo, esta área poderia ser aplicada também, *mutatis mutandi*, para outros campos, como por exemplo, limitações ao aumento do Poder Executivo. Finalmente, apresentarei minhas conclusões.

## 1. A SEPARAÇÃO DE PODERES: CONCEITO E CONCEPÇÕES

A separação de poderes é um elemento essencial do constitucionalismo. O "constitucionalismo" é uma doutrina baseada em duas teses: uma conceitual e outra normativa. Ambas estão relacionadas à ideia de limitar o exercício do poder político através da lei, a fim de proteger os direitos individuais. A asserção conceitual descreve uma forma de governo que é criada, estruturada e limitada por um conjunto de normas jurídicas baseadas ou fundamentadas em uma constituição.<sup>1</sup> A tese normativa, por outro lado, proclama que o exercício do poder político deve ser limitado por estas regras legais e que as autoridades

---

<sup>1</sup> BURNSIDE, Jonathan. Old Testament: Torah and Constitutionalism. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0002>. Acesso em: 29 jul. 2024.

políticas devem respeitar estas limitações.<sup>2</sup>

A separação de poderes é uma estratégia necessária para assegurar a eficácia das limitações jurídicas ao exercício do poder político, a fim de garantir os direitos individuais. Esta necessidade é conceitual, portanto, não pode haver constitucionalismo sem separação de poderes. Somente em virtude da separação de poderes, o Legislador pode exigir responsabilidade política ao Governo e o Poder Judiciário pode responsabilizar juridicamente as autoridades políticas que excederem os limites de seus poderes, estabelecidos na Constituição. É por isso que, de acordo com o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma sociedade na qual não há separação de poderes não tem Constituição.<sup>3</sup> Uma sociedade na qual a lei prevalece e os direitos são protegidos, mas na qual não há separação de poderes, possui uma ordem ética, mas não uma ordem constitucional.

Nos últimos anos, tem havido um debate teórico e comparativo sobre qual concepção da separação de poderes se ajusta melhor ao constitucionalismo. Um elemento essencial da separação de poderes é uma tripla divisão de competências dentro do Estado: funcional, institucional e pessoal. A divisão funcional equivale à individualização e à distinção de poderes para criar, executar e aplicar o direito.<sup>4</sup> A divisão institucional envolve o fortalecimento de três instituições diferentes com esses poderes: o parlamento, o governo e o judiciário. Finalmente, a divisão pessoal exige que diferentes agentes públicos façam parte dessas três instituições estatais.

Além desta tríplice divisão, existem diferentes concepções da separação de poderes. É plausível fundamentar uma classificação em dois critérios: primeiro, quão rigorosa é a relação entre a divisão funcional e a institucional; segundo, como as instituições se coordenam entre si para exercer suas competências. Seguindo uma concepção mais rigorosa, somente o parlamento pode criar a lei, somente o governo pode executá-la e somente os juízes podem aplicá-la. Com relação ao segundo critério, uma concepção estrita argumentaria que cada uma dessas instituições deveria exercer seu poder independentemente das outras.<sup>5</sup>

Há teorias menos rigorosas da separação de poderes. Em um estudo recente, por exemplo, David Bilchitz e David Landau observam que algumas constituições "tendem a [...]"

---

<sup>2</sup> WALUCHOW, Wil. Constitucionalismo. In: Zalta, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

<sup>3</sup> Ver Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "Uma sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e a separação dos poderes não é estabelecida, não tem Constituição".

<sup>4</sup> ARISTÓTELES. **Politics**. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.4.four.html>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**, Livro XI. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

dar instruções relativamente flexíveis às instituições políticas".<sup>6</sup> Além disso, em todo o mundo é perceptível "um aumento do poder executivo"<sup>7</sup> e "um declínio na legitimidade e na importância da legislatura".<sup>8</sup> Os tribunais também estão desempenhando um "papel agressivo"<sup>9</sup> na aquisição de uma concepção de si mesmos como uma forma de controle do poder executivo e uma opção válida para compensar os déficits democráticos".<sup>10</sup>

Na mesma linha de argumentação, observações comparativas nos permitem afirmar que existe uma tendência à supremacia judicial no direito constitucional, tanto em teoria como na prática.<sup>11</sup> No cerne do conceito de supremacia judicial está a tese de que os juízes deveriam ter - e de fato têm - poderes constitucionais para anular as decisões tomadas pelos outros ramos do poder.<sup>12</sup>

A supremacia judicial é uma concepção da separação de poderes que tem levantado fortes objeções. Por exemplo, de acordo com Waldron, a supremacia judicial "priva os cidadãos comuns de seus direitos e põe de lado os princípios de representação e igualdade política na resolução final das questões de direitos fundamentais".<sup>13</sup> Tushnet tem argumentado que a supremacia judicial implica "uma restrição substancial do poder do povo de governar a si mesmo".<sup>14</sup> Isto é especialmente assim na área de interpretação e aplicação da Constituição, onde há várias interpretações razoáveis do significado das disposições constitucionais, "por que a interpretação razoável do Tribunal Constitucional deve prevalecer

---

<sup>6</sup> BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018. p. 3.

<sup>7</sup> BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018. p. 4.

<sup>8</sup> BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018. p. 4.

<sup>9</sup> BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018. p. 4.

<sup>10</sup> BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018. p. 4.

<sup>11</sup> GAROUPA, Nuno. Comparing Judicial Activism - Can we Say that the US Supreme Court is more Activist than the German Constitutional Court. **Revista portuguesa de filosofia**, v. 72, n. 4, p. 1089-1105, 2016; WENZEL, James P.; BOWLER, Shaun; LANOUE, David J. Legislating from the state bench: A comparative analysis of judicial activism. **American Politics Quarterly**, v. 25, p. 363-379, 1997.

<sup>12</sup> SCHLAFTY, Phyllis M. **The Supremacist: The Tyranny of Judges and How to Stop it**. Dallas: Spence, 2004.

<sup>13</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, 2006. p. 1353.

<sup>14</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009. pp. x-xi.

sobre a do legislador (que também é razoável)?"<sup>15</sup> . Os tribunais têm sido vistos como uma elite injustamente empoderada e sua supremacia tem sido entendida como um elemento aristocrático alheio ao sistema democrático.<sup>16</sup> Se a constituição foi feita pelo povo, então o próprio povo - e não os juízes - deveria ter a supremacia para implementá-la e interpretá-la. As interpretações e decisões do povo e seus representantes devem ser definitivas e devem ter a capacidade de suplantar não apenas outras interpretações, mas até mesmo as disposições do texto constitucional.

A concepção de Locke da separação de poderes está intimamente ligada a estes argumentos. De particular relevância é a tese de Locke sobre a supremacia do legislador. De acordo com esta tese, o legislador deve ter a autoridade máxima sobre "como a força legítima deve ser usada na comunidade".<sup>17</sup> Além disso, Locke insistiu na supremacia do poder legislativo sobre o poder executivo com o seguinte argumento: "aquele que pode dar leis a outro, deve ser superior a ele".<sup>18</sup> Nesta área, Locke incluiu o judiciário dentro de sua ideia do poder executivo, como aquele que tem o poder de interpretar leis e aplicá-las a casos específicos, mesmo com o uso da força.<sup>19</sup>

Apesar das críticas, vários fatores têm levado ao aumento da supremacia judicial. Estes incluem o fato de que as Constituições são mais analíticas e detalhadas, e contêm generosos e expansivos catálogos de direitos fundamentais diretamente aplicáveis através dos procedimentos abstratos e concretos de controle de constitucionalidade.<sup>20</sup> Isto levou os tribunais a aplicar conteúdos constitucionais explícitos e a determinar disposições constitucionais indeterminadas.

Apesar das objeções, autores proeminentes têm defendido a supremacia judicial. Por exemplo, de acordo com Schauer, uma constituição é "um conjunto de regras que impõem restrições de segunda ordem às preferências políticas de primeira ordem do povo, seus representantes eleitos e funcionários executivos".<sup>21</sup> Estas restrições de segunda ordem

---

<sup>15</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 21.

<sup>16</sup> KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 7.

<sup>17</sup> LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In: Laslett, P. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 143.

<sup>18</sup> LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In: Laslett, P. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 150.

<sup>19</sup> LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In: Laslett, P. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 88-89.

<sup>20</sup> VERSTEEG, Mila; Zackin, Emily. Constitutions unentrenched: Towards an alternative theory of constitutional design. **American Political Science Review**, v. 110, p. 657, 2016.

<sup>21</sup> SCHAUER, Frederick. Revisão Judicial e a Constituição Modesta. **Cal. L. Rev.**, vol. 92, n. 4, 2004. p. 1045-1046

servem aos valores mais profundos e duradouros do povo. Neste contexto, a supremacia judicial garante uma aplicação externa justificada de restrições de segunda ordem; é um mecanismo para proteger os interesses de longo prazo do povo das escolhas que surgem de seus próprios desejos de curto prazo.<sup>22</sup> A interpretação judicial destas restrições de segunda ordem deve prevalecer sobre a própria interpretação do povo de seus desejos de curto prazo em casos de conflito. Como consequência de ter desejos de curto prazo, o povo se encontra no meio de um conflito de interesses. Eles não têm "separação mental" suficiente para serem capazes de analisar e decidir de forma justa e imparcial como as colisões entre os desejos de curto prazo e seus propósitos duradouros devem ser resolvidas.<sup>23</sup>

## 2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM SISTEMA JUDICIÁRIO INDEPENDENTE NA BÍBLIA

Partindo deste marco teórico, duas questões são relevantes para este projeto, isto é, identificar as ligações entre o cristianismo e o constitucionalismo. Em primeiro lugar, se a Bíblia fornece algum fundamento para o princípio da separação de poderes. Na sequência, em caso de resposta afirmativa, se a Bíblia fornece a base para uma concepção deste princípio, em particular no que diz respeito à supremacia judicial.

Com relação à primeira questão, a Bíblia fundamenta a institucionalização de um judiciário independente e descreve a limitação da autoridade política e a separação de poderes como elementos essenciais do governo.

Em Deuteronômio 1, Deus ordenou a Moisés que criasse um judiciário independente, já que o povo de Israel estava prestes a tomar posse da "Terra Prometida". A criação de um judiciário independente foi uma solução para o problema prático da resolução de disputas para um grande número de pessoas.<sup>24</sup> Moisés nomeou pessoas "sábias e respeitadas"<sup>25</sup> e lhes deu o poder de resolver as disputas das pessoas e julgá-las

---

<sup>22</sup> SCHAUER, Frederick. Revisão Judicial e a Constituição Modesta. **Cal. L. Rev.**, vol. 92, n. 4, 2004. p. 1057.

<sup>23</sup> SCHAUER, Frederick. Revisão Judicial e a Constituição Modesta. **Cal. L. Rev.**, vol. 92, n. 4, 2004. p. 1057.

<sup>24</sup> Deuteronômio 1,9-13: "Naquele tempo eu lhes disse: 'Eu sozinho não posso lidar com todos vocês'. O Senhor vosso Deus vos fez tão numerosos que hoje sois tantos quanto as estrelas no céu; que o Senhor, o Deus de vossos antepassados, vos multiplique mil vezes mais e vos abençoe como prometeu! Como posso continuar a cuidar de todos os vossos problemas, vossos fardos e vossas querelas? Nomeie homens sábios, inteligentes e experientes de cada uma de suas tribos para serem seus líderes.

<sup>25</sup> Deuteronômio 1:15.

imparcialmente.<sup>26</sup> Moisés reservou para si a competência de decidir casos difíceis.<sup>27</sup>

O Êxodo 18 também explica a criação de um judiciário independente para resolver o problema da administração da justiça para um número considerável de pessoas. Jetro, sogro de Moisés, viu que Moisés estava servindo como juiz do povo "desde a manhã até a noite".<sup>28</sup> Jetro sentiu que este trabalho era muito pesado para Moisés,<sup>29</sup> então ele recomendou o seguinte:

[...] escolha entre as pessoas capazes e tementes a Deus homens que amam a verdade e odeiam o mal ganho, e os nomeie cabeças de milhares, e cabeças de centenas, e cabeças de cinquenta, e cabeças de dezenas. Serão eles que servirão como juízes em tempo integral, ouvindo os casos simples, e os casos difíceis que eles trarão até você. Isso aliviará seu fardo, pois eles o ajudarão a carregá-lo. Se você colocar isto em prática e Deus lhe ordenar que o faça, você será capaz de suportar, e o povo irá para casa satisfeito.<sup>30</sup>

De acordo com as Escrituras, Moisés ouviu seu sogro e fez tudo o que ele disse:

Moisés ouviu a voz de seu sogro e seguiu suas sugestões. Ele escolheu homens capazes dentre todos os israelitas e os colocou à frente dos israelitas como chefes de mil, cem, cinquenta e dez pessoas. Estes chefes serviram como juízes em tempo integral, ouvindo casos simples. Eles encaminharam casos difíceis a Moisés.<sup>31</sup>

A criação de um judiciário independente ocorreu muito antes da institucionalização do reino e da figura do rei. Isto poderia ser interpretado como um sinal da preeminência do primeiro sobre o segundo.<sup>32</sup>

O Antigo Testamento também enfatiza a limitação da autoridade política e a separação de poderes como elementos essenciais do governo. Deuteronômio 17 descreve uma separação entre Deus, que é o doador da lei,<sup>33</sup> os tribunais, que tinham a função de julgar

---

<sup>26</sup> Deuteronômio 1:16-17: "Ouvi todas as disputas entre vossos irmãos, e julgai com justiça, tanto israelitas como estrangeiros". Não seja parcial no julgamento; considere igualmente a causa dos fracos e a causa dos poderosos. Não se deixe intimidar por ninguém, pois o julgamento é o julgamento de Deus. Os casos que você não é capaz de resolver, traga-os até mim, e eu os tratarei.

<sup>27</sup> Deuteronômio 1:16-17

<sup>28</sup> Êxodo 18:13: "No dia seguinte, Moisés tomou seu lugar como juiz do povo, e os israelitas se apresentaram diante de Moisés desde a manhã até a noite".

<sup>29</sup> Êxodo 18:17-18: "O sogro de Moisés respondeu: 'Não está certo o que você está fazendo, pois você está ficando cansado e as pessoas com você estão ficando cansadas'. A tarefa é pesada demais para você; você não pode fazê-la sozinho".

<sup>30</sup> Êxodo 22-23.

<sup>31</sup> Êxodo 18:25-26.

<sup>32</sup> BURNSIDE, Jonathan. Old Testament: Torah and Constitutionalism. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0002>. Acesso em: 29 jul. 2024

<sup>33</sup> Deuteronômio 17:3: Deus fala de "meu mandamento". Deuteronômio 17:2-4: "Pode ser que um homem ou uma mulher entre seu povo, habitante de uma das cidades que o Senhor teu Deus te dará, seja pego fazendo o que ofende a Deus". Tal pessoa terá violado o pacto e desobedecido ao meu comando,

e decidir disputas,<sup>34</sup> e o rei, escolhido de acordo com critérios estabelecidos por Deus,<sup>35</sup> e cujas decisões são limitadas por lei.<sup>36</sup>

Outras seções da Escritura reiteram e reforçam o princípio de que o poder do rei é normativa e empiricamente limitado. Ora, o Salmo 72 prescreve que o rei deve exercer seu poder para alcançar a justiça.<sup>37</sup> Além disso, em I Crônicas 28:8, Davi pede a seu sucessor, Salomão, que "tenha cuidado para seguir todos os mandamentos do Senhor teu Deus".<sup>38</sup> Da mesma forma, segundo o Deuteronômio, o rei não deve adquirir "muitos cavalos para si mesmo". Isto fala de um poder limitado no uso da força. O Novo Testamento reitera o caráter limitado do governo, em particular ao descrever as autoridades como servos da comunidade e do bem comum,<sup>39</sup> que foram nomeados por Deus para cumprir seus deveres.<sup>40</sup>

Quanto à separação de poderes, Burnside argumenta que várias passagens de Deuteronômio 16, 17 e 18 instituem um sistema de separação de poderes, e verifica e equilibra entre quatro tipos de autoridades: "os juízes (16:18-17:13); o rei (17: 14-20); os sacerdotes (18: 1-13) e os profetas (18: 14-22)".<sup>41</sup> Burnside aponta que esta foi uma forma de o povo de Israel se distanciar do sistema de governo que suportou no Egito. Ao contrário do faraó autoritário, os israelitas estabeleceram um sistema no qual uma única autoridade

---

adorando outros deuses e curvando-se diante deles ou do sol, da lua ou das estrelas no céu. Assim que você souber disso, deverá fazer uma investigação minuciosa.

<sup>34</sup> Deuteronômio 17:8: "Se você estiver diante de casos demasiado difíceis de julgar, tais como assassinatos, processos judiciais, violência e outras disputas que surgem nas cidades, você irá para o lugar que o Senhor seu Deus escolher".

<sup>35</sup> Deuteronômio 17:15: "...não se esqueça de nomear como rei um de seu próprio povo, aquele que o Senhor seu Deus escolherá".

<sup>36</sup> Deuteronômio 17,18-20: "Quando o rei tomar posse de seu reino, ordenará que seja feito para ele um exemplar do Livro da Lei, que está aos cuidados dos sacerdotes levíticos. Esta cópia ele a guardará sempre com ele, e a lerá todos os dias de sua vida. Assim aprenderá a temer ao Senhor seu Deus, observará fielmente todas as palavras desta lei e seus preceitos, não se considerará superior a seus irmãos, nem se desviará da lei nos mínimos detalhes, e junto com seus descendentes reinará sobre Israel por um longo tempo"

<sup>37</sup> Salmo 72:1-2: "Ó Deus, concede tua justiça ao rei, tua justiça ao príncipe herdeiro. Portanto, ele julgará seu povo com justiça e fará justiça a seus pobres"

<sup>38</sup> I Crônicas 28:8: "Na presença de Deus que nos ouviu, e na presença de todo Israel, que é a congregação do Senhor, eu vos ordeno hoje que obedeçam a todos os mandamentos do Senhor vosso Deus. Então você possuirá esta bela terra e a deixará para seus filhos como uma herança eterna.

<sup>39</sup> EKINS, Richard. *Democracy: Self-Government and the Kingdom of Heaven*. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0011>. Acesso em: 29 jul. 2024

<sup>40</sup> Romanos 13:1: "Todos devem submeter-se às autoridades públicas, pois não há autoridade que Deus não tenha ordenado, de modo que as que existem foram por Ele estabelecidas". Ver também Romanos 13:4: "Aquele que tem autoridade está a serviço de Deus para o vosso bem". Mas, se você faz o mal, então você deve ter medo. Não é em vão que ele carrega a espada, pois ele está a serviço de Deus para fazer justiça e punir o malfeitor".

<sup>41</sup> BURNSIDE, Jonathan. *Old Testament: Torah and Constitutionalism*. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0002>. Acesso em: 29 jul. 2024

humana jamais poderia concentrar todo o poder político.<sup>42</sup> Além disso, como aponta Ekins, a limitação do poder do rei está alinhada com o aviso de Deus sobre o risco de que a regra de um rei conduza a abusos.<sup>43</sup>

### 3. A FUNÇÃO CATALÍTICA JUDICIAL NA BÍBLIA

Com relação à segunda pergunta, o Antigo Testamento também descreve como os profetas esperavam que o rei obedecesse aos limites que as leis de Deus impunham para o poder do governo. Aqui gostaria de defender a tese de que, segundo a Bíblia, os profetas constituíam um ramo independente do poder político, encarregado de uma função catalítica. Com a ajuda de alguns exemplos, vou ilustrar o significado e o alcance desta função. Ademais, sustentarei que o Judiciário deve cumprir esta função hoje.

Segundo o Antigo Testamento, os profetas eram pessoas virtuosas que desempenhavam um papel catalisador: encorajar o rei a respeitar os mandamentos de Deus e a governar com justiça. A Bíblia contém exemplos interessantes de como os profetas desempenharam esse papel catalisador. Estes incluem os episódios em que Samuel<sup>44</sup> e Natan<sup>45</sup> respectivamente responsabilizaram Saul e Davi por violar os mandamentos de Deus. No segundo episódio, Natan catalisou o arrependimento de Davi e o perdão de Deus.<sup>46</sup>

Estes exemplos também mostram como a Bíblia estabelece a supremacia dos profetas sobre o rei. Os profetas tinham a função de interpretar as leis de Deus; para isso, eles tentaram desvendar qual era a vontade de Deus.<sup>47</sup> O diálogo entre Samuel e Saul revela que,

---

<sup>42</sup> BURNSIDE, Jonathan. Old Testament: Torah and Constitutionalism. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0002>. Acesso em: 29 jul. 2024

<sup>43</sup> EKINS, Richard. Democracy: Self-Government and the Kingdom of Heaven. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0011>. Acesso em: 29 jul. 2024

<sup>44</sup> 1Samuel 15,22-23: "O que é mais agradável ao Senhor, que se lhe ofereçam holocaustos e sacrifícios, ou que se obedeça ao que Ele diz? Obedecer vale mais do que sacrificar, e obedecer vale mais do que a gordura dos carneiros. A rebelião é tão grave como a adivinhação e a arrogância como o pecado da idolatria. E porque vocês rejeitaram a palavra do Senhor, Ele vos rejeitou como rei.

<sup>45</sup> 2 Samuel 12:7-10: "Então Nathan disse a David: 'Você é esse homem! Assim diz o Senhor, o Deus de Israel: "Eu te ungi rei sobre Israel, e te livre da mão de Saul". Eu lhe dei o palácio de seu mestre, e coloquei suas esposas em seus braços. Também lhe permiti governar Israel e Judá. E se isto tivesse sido pouco, eu lhe teria dado muito mais. Por que, então, você desprezou a palavra do Senhor fazendo o que o desagradou? Você assassinou Uriah, o hitita, para levar sua esposa! Você o matou com a espada dos amonitas! Portanto, a espada jamais se afastará de sua família, pois você me desprezou ao tomar a esposa de Uriah, o hitita, para fazê-la sua esposa.

<sup>46</sup> 2Samuel 12:13: "Então David reconheceu a Nathan: 'Eu pequei contra o Senhor'.

<sup>47</sup> Êxodo 18:15: "Moisés disse-lhe [Jetro]: "O povo vem a mim para inquirir sobre a vontade de Deus. Quando eles têm um problema, eles o trazem até mim para que eu possa fazer um julgamento entre as duas partes. Além disso, dou-lhes a conhecer as leis e os ensinamentos de Deus".

quando a interpretação do rei da vontade de Deus era incompatível com a de um profeta, esta última deveria prevalecer. Deus ordenou que Saul "atacasse os amalequitas e destruísse totalmente tudo o que lhes pertencesse". Ele acrescentou: "Não lhes mostre misericórdia. Matem todos eles, homens e mulheres, crianças e recém-nascidos, touros e ovelhas, camelos e burros".<sup>48</sup> Entretanto, Saul e o exército "poupavam a vida do rei Agag e preservaram as melhores ovelhas e gado, os bezerros mais gordos e, em resumo, tudo de valor".<sup>49</sup> Quando Samuel questionou Saul, o rei interpretou suas ações como estando de acordo com a ordem de Deus. Ele afirmou: "(As ovelhas que você ouve) são as que nossas tropas trouxeram da terra de Amalek". Eles deixaram as melhores ovelhas e bovinos vivos para oferecer ao Senhor teu Deus, mas nós destruímos tudo o mais.<sup>50</sup> Apesar disso, Samuel considerou Saul responsável por desobedecer ao comando de Deus.<sup>51</sup> Saul respondeu da seguinte forma: "Mas, eu obedeci ao Senhor", disse Saul, "cumpri a missão que ele me deu". Eu fiz Agag, rei dos amalequitas, prisioneiro, mas destruí os amalequitas. E do despojo, os soldados levaram ovelhas e gado com o propósito de oferecê-los em Gilgal ao Senhor teu Deus".<sup>52</sup> A interpretação de Samuel prevaleceu sobre a interpretação de Saul. Samuel respondeu a Saul:

"O que é mais agradável para o Senhor, que oferendas queimadas e sacrifícios devem ser oferecidos a Ele ou que o que Ele diz deve ser obedecido? Obedecer vale mais do que sacrificar, e obedecer vale mais do que a gordura dos carneiros. A rebelião é tão grave como a adivinhação e a arrogância como o pecado da idolatria. E porque vós rejeitastes a palavra do Senhor, Ele vos rejeitou como rei"<sup>53</sup> Saul, então, aceitou a interpretação de Samuel.<sup>54</sup> Deus também deu razão a Samuel: ele destronou Saul e entronizou Davi.<sup>55</sup>

Outros exemplos também ilustram a relação entre a função catalítica dos profetas e sua supremacia sobre o rei. Em I Reis 13 um profeta admoestou Jeroboão após o rei ter induzido o povo a adorar bezerros de ouro no altar de Betel. O profeta gritou que o altar seria quebrado. O rei ordenou então que o profeta fosse capturado, estendendo sua mão.

---

<sup>48</sup> 1 Samuel 15:1-3. "Samuel disse a Saul: 'O SENHOR me enviou para ungir-te rei sobre seu povo Israel'. Portanto, escute a mensagem do Senhor. Assim diz o Senhor Todo-Poderoso: 'Decidi castigar os amalequitas pelo que fizeram a Israel, pois não deixaram o povo passar quando saíram do Egito'. Portanto, vá e ataque os Amalekitas agora mesmo. Destrua completamente tudo o que lhes pertence; não tenha piedade deles. Matem todos eles, homens e mulheres, crianças e recém-nascidos, touros e ovelhas, camelos e burros.

<sup>49</sup> 1 Samuel 15:9.

<sup>50</sup> 1 Samuel 15:15.

<sup>51</sup> 1 Samuel 15:19 Samuel disse a Saul: "Por que então não obedecéis ao Senhor?"

<sup>52</sup> 1 Samuel 15:20-21.

<sup>53</sup> 1 Samuel 15:22-23.

<sup>54</sup> 1 Samuel 15:24: "Então Saul disse a Samuel: 'Eu quebrei o mandamento do Senhor e as vossas instruções'.

<sup>55</sup> 1 Samuel 16,1: "O SENHOR disse a Samuel: 'Até quando chorarás por Saul, quando eu o tiver rejeitado como rei de Israel? É melhor encher sua buzina com óleo e partir em sua viagem. Vou enviá-lo a Belém para a casa de Jessé, pois escolhi um de seus filhos para ser rei. David foi o escolhido.

Entretanto, naquele momento, a mão do rei secou, de modo que ele não pôde puxá-la de volta. Por esta razão, os reis pediram ao profeta que orasse pela restauração da mão do governante. Após a oração, Deus apoiou o profeta e restaurou a mão do rei.

Da mesma forma, em I Reis 21, tentado por Jezebel, Acab induziu o povo a apedrejar Naboth e tomou ilegalmente seu vinhedo. Elias então admoestou Acab e o advertiu sobre o castigo de Deus. Este aviso catalisou o arrependimento de Acab e a misericórdia de Deus.<sup>56</sup> Além disso, em I Reis 18:41-46, Elias repreendeu Acab antes do fim da seca. Deus avaliou a Elias enviando chuvas fortes. Finalmente, em I Reis 20, depois que Ben-hadad, rei de Aram, atacou Samaria e ameaçou Israel, um profeta encorajou Acab a iniciar a batalha contra Ben-hadad e, apesar do poder do exército de Aram, Acab obedeceu e saiu vitorioso.

*Mutatis mutandi*, no âmbito do constitucionalismo, os juízes devem desempenhar este papel catalisador. A estrutura da representação democrática, baseada em eleições livres realizadas no auge de campanhas caras, financiadas por todo tipo de fontes, poderia levar as autoridades políticas a agir para proteger outros interesses que não os relativos ao bem comum e ao cumprimento dos direitos individuais. Também podem existir “pontos cegos” e obstáculos burocráticos que criam dificuldades para alcançar estes objetivos. Em tais cenários, os juízes devem encorajar as autoridades políticas a perseguir o bem comum e proteger os direitos individuais. Os juízes também devem dar visibilidade jurídica e política aos problemas sociais ocultos e criar incentivos para a remoção de obstáculos burocráticos à sua solução.

Assim, ao contrário de uma concepção estrita da separação de poderes segundo a qual o papel dos juízes é “invisível”<sup>57</sup> e secundário, a Bíblia poderia apoiar uma concepção de um judiciário supremo, dotado de competência para desempenhar um papel catalítico. É possível caracterizar a função catalítica com três propriedades essenciais que, por exemplo, são encontradas no diálogo entre Natan e David. Primeiro, há diálogo e cooperação entre o juiz e a autoridade política. Em segundo lugar, este diálogo gera uma direção virtuosa da autoridade política. E em terceiro lugar, o diálogo implica que a intervenção do juiz no poder da autoridade política é fraca. No entanto, o juiz mantém sua supremacia.

Gostaria de argumentar que o exercício desta função catalisadora é crucial em relação a alguns problemas contemporâneos do direito constitucional. Alguns exemplos são: limitar o aumento do poder executivo, limitar o poder das autoridades políticas para reformar

---

<sup>56</sup> I Reis 21:29: “Você já notou como Ahab se humilhou diante de mim? Como ele se humilhou, não enviarei esta vergonha enquanto viver, mas a enviarei sobre sua família durante o reinado de seu filho.

<sup>57</sup> Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu descreve o papel dos juízes da seguinte forma: “Os juízes devem ser ‘não mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, meros seres passivos, incapazes de moderar sua força ou rigor’”. MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**, Livro XI. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>>. Acesso em: 2 ago. 2019

a Constituição e orientar a aplicação judicial dos direitos sociais fundamentais. Nestas três áreas, os juízes devem cooperar e incentivar as autoridades políticas a agir virtuosamente na concepção e implementação de políticas que conduzam, respectivamente, à realização do bem comum e ao respeito às liberdades, à preservação do constitucionalismo democrático na mudança constitucional e à redução da desigualdade e da pobreza através da proteção dos direitos sociais fundamentais. Passarei agora às duas últimas questões.

#### 4. O PAPEL CATALÍTICO DOS JUÍZES E O JULGAMENTO DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Os juízes devem estimular a atividade das autoridades políticas na concepção e implementação de estratégias para atender às necessidades básicas de todos os cidadãos e reduzir a desigualdade. A consolidação constitucional dos direitos sociais fundamentais é um mecanismo adotado em todo o mundo e, em particular no chamado "Sul Global", para alcançar estes objetivos.

As constituições protegem os direitos sociais fundamentais de várias maneiras. Aquelas que pertencem ao primeiro constitucionalismo liberal incluíam disposições institucionalizando o que Mark Tushnet chamou de "não-justificável" ou "direitos meramente declaratórios", ou seja, direitos que os tribunais não podiam fazer valer.<sup>58</sup> Várias constituições ainda hoje instituem direitos sociais fundamentais desta forma.<sup>59</sup> Entretanto, a maioria das constituições, atualmente, institucionalizam os direitos sociais fundamentais justificáveis.<sup>60</sup>

O cerne do debate sobre a aplicação judicial dos direitos sociais fundamentais gira em torno do papel dos juízes. Os tribunais de última instância, em todo o mundo, conceberam seu papel de diferentes maneiras. Por exemplo, a jurisprudência inicial estabelecida pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, ao julgar casos de direitos sociais referentes aos artigos 26.2 e 27.2 da Constituição Sul-Africana de 1996, refletia uma concepção na qual os juízes realizam um controle judicial fraco sobre a razoabilidade das medidas tomadas pelas autoridades políticas para implementar os direitos sociais no país. A concepção estrita do

---

<sup>58</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 238.

<sup>59</sup> Por exemplo, de acordo com o artigo 53.3 da Constituição espanhola de 1978, as disposições constitucionais dos direitos econômicos e sociais "orientarão a legislação, a prática judicial e as ações das autoridades públicas". Estas disposições correspondem ao Capítulo 3 da Parte I da Constituição Espanhola, intitulado: "Princípios que regem a política econômica e social". As disposições deste capítulo garantem os direitos econômicos e sociais da família, das crianças e das mães (art. 39), dos trabalhadores (arts. 40, 41 e 42), das pessoas com deficiência (art. 49) e dos idosos (art. 50), assim como os direitos à saúde (art. 43) e à moradia (art. 47).

<sup>60</sup> JUNG, Courtney; HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. Economic and social rights in national constitutions. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 4, 2014.

princípio da separação de poderes sustenta este tipo de controle judicial, que é altamente respeitoso com as competências das autoridades políticas.<sup>61</sup> No entanto, alguns críticos têm apontado que esta concepção da função judicial é incapaz de proporcionar uma proteção adequada dos direitos sociais.<sup>62</sup>

Em contraste, os tribunais latino-americanos se veem como instituições-chave para o cumprimento dos direitos sociais fundamentais. Estes tribunais argumentam que, devido à incapacidade ou falta de interesse das autoridades políticas, estes direitos não foram implementados através de políticas públicas. Portanto, eles se consideram legitimados para ir além dos limites da separação de poderes e proferir decisões contundentes, às vezes incluindo a implementação de políticas e programas concebidos pelos próprios juízes. Algumas dessas medidas procuram proteger o núcleo mínimo dos direitos sociais fundamentais, um núcleo que consiste em um conjunto de benefícios específicos que devem ser satisfeitos em todas as circunstâncias. Da mesma forma, particularmente nos chamados casos estruturais, algumas outras medidas equivalem a ordens às autoridades políticas para implementar medidas legais, financeiras e administrativas apropriadas para assegurar que o Estado cumpra com as obrigações que tais direitos implicam.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano oferece uma variedade de exemplos onde os juízes estabeleceram medidas destinadas a proteger o núcleo mínimo de direitos sociais fundamentais. Por exemplo, a Corte adotou a doutrina do mínimo vital, segundo a qual todo cidadão tem o direito fundamental de usufruir dos meios necessários para uma subsistência digna.<sup>63</sup> Neste sentido, o padrão de núcleo mínimo é diferente do padrão de razoabilidade. Enquanto o primeiro justifica que os tribunais determinem a quantidade e a qualidade mínima de bens e serviços que as autoridades políticas devem fornecer aos indivíduos, o segundo reconhece que apenas o Poder Legislativo e o Poder Executivo possuem poderes para determinar qual deve ser a quantidade mínima. Os juízes devem respeitar esta fixação política, a menos que ela seja irracional. A jurisprudência do Tribunal colombiano também proporciona exemplos de projeto judicial de políticas sociais para resolver problemas estruturais. Os três casos mais significativos dizem respeito às

---

<sup>61</sup> Ver, por exemplo, *Minister of Health v Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 5 SA 721 (CC)*, paras. 30-39. Ver também, Sandra Liebenberg, *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*, Cidade do Cabo, Juta, 2010, p. 132.

<sup>62</sup> Ver, BILCHITZ, David. **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 187; PILLAY, Anashri. Economic and social rights adjudication: Developing principles of judicial restraint in South African and the United Kingdom. **Public Law**, n. 3, 2013; e STEINBERG, Carol. A razoabilidade pode proteger os pobres? A review of South Africa's socio-economic rights jurisprudence. **South African Law Journal**, v. 123, 2006.

<sup>63</sup> Ver, entre outras, as seguintes sentenças do Tribunal Constitucional colombiano: SU-559/1997, T-068 e T-153/1998, T-025/2004, T-760/2008, SU-090 e T-068/2010.

políticas relacionadas aos direitos dos prisioneiros,<sup>64</sup> aos deslocados,<sup>65</sup> e ao direito à saúde.<sup>66</sup>

Esta prática judicial tem levantado fortes objeções. As críticas incluem preocupações institucionais relacionadas à falta de capacidade dos tribunais para avaliar os pedidos de benefícios com base nos direitos sociais fundamentais.<sup>67</sup> Também expressam reservas sobre a compatibilidade entre esta prática judicial, por um lado, e os princípios do Estado de direito, a separação de poderes e os fundamentos da democracia representativa, por outro.<sup>68</sup> A eficácia desta prática judicial ativista em alcançar os objetivos acima mencionados de atender às necessidades básicas e eliminar a desigualdade também tem sido discutida. Há evidências de que, pelo menos em alguns países da América Latina, a aplicação constitucional dos direitos sociais fundamentais não tem beneficiado os mais pobres. Ao contrário, melhorou as circunstâncias econômicas dos cidadãos de classe média, que de alguma forma são capazes de satisfazer suas necessidades básicas através de métodos comuns de mercado.<sup>69</sup>

Uma estratégia de sucesso, projetada com base no papel catalisador dos juízes, poderia levar os tribunais constitucionais a oferecer uma proteção mais eficaz dos direitos sociais fundamentais. Esta estratégia também poderia ser menos intrusiva para a separação de poderes. Assim como Natan aproximou-se de David e catalisou uma reação que o levou ao arrependimento, os tribunais deveriam dialogar e cooperar com outros ramos do governo, com o objetivo de gerar uma mudança de direção (arrependimento significa, precisamente, uma mudança de direção) para alcançar uma proteção efetiva desses direitos. Tal cooperação deve incluir um diálogo sobre os níveis e modos de satisfação dos direitos sociais fundamentais em um determinado momento, tendo em vista os limitados recursos financeiros. Pode também incluir uma análise conjunta de dados e informações empíricas úteis para diagnosticar a situação dos titulares de direitos e, regularmente, a eficácia das medidas implementadas.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Ver, entre outras, as seguintes sentenças do Tribunal Constitucional colombiano: T-153/1998, T-388/2013, T-282/2014, T-762/2015 e T-197/2017.

<sup>65</sup> Decisão T-25/2004.

<sup>66</sup> Ver, entre outros, o Acórdão T-760/2008.

<sup>67</sup> YOUNG, Katharine. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>68</sup> NOLAN, Aoife. Ireland: The separation of powers doctrine vs. socio-economic rights. In: LANGFORD, Malcolm. (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

<sup>69</sup> LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, 2012; FERRAZ, Octavio. Desigualdades na saúde, direitos e tribunais: O impacto social da 'judicialização da saúde' no Brasil. In: YAMIN, Alicia E.; GLOPPEN, Siri. (Eds.). **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?**. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2011. cap. 4.

<sup>70</sup> Na área do julgamento dos direitos sociais fundamentais, Young fala sobre o papel catalisador de um tribunal em um sentido mais amplo. Em sua concepção, este papel engloba diferentes estratégias de controle judicial: "respeitoso, conversador, experimentalista, gerencial e peremptório". Segundo Young,

A decisão T-91 de 2018 do Tribunal Constitucional da Colômbia fornece um exemplo de como os juízes podem desempenhar esse papel catalisador. Dez estudantes de uma pequena cidade pobre de uma região devastada pelo conflito armado interno do país solicitaram às autoridades educacionais a abertura de uma escola secundária em sua cidade. Devido a restrições financeiras, um decreto estabeleceu que uma escola secundária só poderia ser aberta se houvesse um mínimo de 22 alunos. O Secretário de Educação do Departamento de Caquetá, com base nesta disposição, negou o pedido. Posteriormente, os estudantes entraram com uma ação tutelar buscando a proteção de seu direito fundamental à educação.

O Tribunal Constitucional analisou o caso e tinha pelo menos três possibilidades de decisão. Primeiro, poderia ter seguido a tendência da antiga jurisprudência constitucional da África do Sul e adiado a decisão das autoridades políticas. Em segundo lugar, poderia ter decidido e, depois de declarar o decreto executivo inconstitucional, ordenado às autoridades que abrissem a escola secundária na comunidade. Enquanto a primeira alternativa não teria protegido o direito de forma eficiente, a segunda teria significado uma forte interferência nas políticas educacionais e na gestão de recursos financeiros para a educação. Ao invés disso, o Tribunal seguiu uma estratégia catalítica. Durante o processo, o Tribunal iniciou um diálogo significativo com as autoridades educacionais. O Tribunal perguntou sobre as possibilidades de oferecer aos estudantes vagas nas escolas secundárias das cidades vizinhas. O Ministério da Educação identificou duas escolas secundárias a 20 quilômetros de distância onde os alunos poderiam continuar seus estudos. No julgamento, a Corte ordenou às autoridades políticas que iniciassem um diálogo significativo com os demandantes para chegar a um acordo sobre duas questões: em que escola secundária os alunos continuariam sua educação e como as autoridades educacionais financiariam o transporte. O engajamento entre os demandantes e as autoridades foi muito frutífero. Após alguns dias, eles chegaram a um acordo. Os alunos estão agora matriculados em uma escola secundária e o governo municipal está financiando o transporte.

## 5. O PAPEL CATALÍTICO DOS JUÍZES E OS LIMITES PARA ALTERAR A CONSTITUIÇÃO

Os juízes devem incentivar as autoridades políticas a preservar a democracia constitucional nos processos de reforma constitucional. Uma reforma constitucional é um caso especial de mudança constitucional formal; uma mudança constitucional é uma

---

estas estratégias "abrem um teatro de ação, além dos tribunais e dos ramos escolhidos, para situar a Corte dentro de uma rede de relações envolvendo litigantes, beneficiários de direitos que estão situados de forma semelhante aos litigantes, outras partes que serão prejudicadas ou beneficiadas pela ação judicial, e o público em geral" (YOUNG, Katharine. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 3, 2010. p. 391).

modificação no conjunto de normas constitucionais válidas. As mudanças constitucionais podem ser formais ou informais. A diferença entre as disposições constitucionais e as normas constitucionais facilita a compreensão dessas duas modalidades.<sup>71</sup> As disposições constitucionais são as declarações de uma Constituição. No caso de constituições escritas, o conjunto de significados expressos pelas disposições constitucionais são as normas constitucionais;<sup>72</sup> tais significados podem ser articulados em proposições prescritivas que declaram que algo é constitucionalmente ordenado, proibido ou permitido, ou que concedem um poder constitucional ou imunidade a alguém.

As mudanças constitucionais formais envolvem uma emenda a uma ou mais disposições constitucionais. Seu efeito é uma reforma no conjunto de normas constitucionais válidas. Em contraste, uma mudança constitucional informal refere-se a uma modificação que é gerada no conjunto de normas constitucionais válidas, sem alterar as disposições constitucionais. Mutações constitucionais por interpretação,<sup>73</sup> mutação infraconstitucional<sup>74</sup> e desuso constitucional<sup>75</sup> são tipos de mudança constitucional informal.

Há três tipos básicos de mudança constitucional formal: promulgação, emenda e revogação de uma Constituição. Os textos constitucionais muitas vezes regulamentam os procedimentos da reforma constitucional. Esta é uma estratégia institucional para equilibrar dois objetivos intrínsecos à promulgação de uma constituição que às vezes estão em tensão: por um lado, as constituições buscam a estabilidade política e jurídica, consolidando a estrutura do Estado e certos princípios, normas e direitos; por outro lado, permitem às autoridades constituídas responder às novas demandas sociais modificando as disposições da

---

<sup>71</sup> Sobre a distinção entre disposição e norma no direito constitucional, ver CRISAFULLI, Vezio. **Disposizione (e norma)**. Enciclopedia del Diritto, v. XIII, p. 165 e 203, 1964. Também, no campo dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 32.

<sup>72</sup> O fato de o significado ser expresso por uma disposição constitucional é uma condição suficiente, mas não necessária, para que as normas constitucionais sejam normas constitucionais. Há também normas constitucionais que expressam o significado de convenções constitucionais, princípios, regras, normas, práticas ou práticas constitucionais não escritas.

<sup>73</sup> Este conceito se refere ao caso em que os juízes atribuem um novo significado a uma antiga disposição constitucional. Com relação ao contexto não estatal, Arato mostrou como a mudança constitucional informal pode ocorrer em qualquer prática legislativa e política de interpretação constitucional, além da prática interpretativa dos juízes (ARATO, Julian. *Interpretação de tratados e transformação constitucional: mudança informal nas organizações internacionais*. **Yale Journal of International Law**, v. 38, 2013. p. 304).

<sup>74</sup> Este conceito refere-se a mudanças que ocorrem através da promulgação de leis ordinárias, a ratificação de tratados internacionais, a implementação de ações executivas ou a encenação de práticas políticas que, apesar de incompatíveis com a constituição, não são contestadas nos tribunais ou declaradas inconstitucionais. Sobre este conceito, ver BERNAL, Carlos. *Informal constitutional change*. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, p. 495, 2014. p. 495.

<sup>75</sup> ALBERT, Richard. *Constitutional amendment by constitutional desuetude*. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, p. 641, 2014. p. 641.

constituição.<sup>76</sup>

O conceito de reforma constitucional é ambíguo. A "reforma constitucional" refere-se a qualquer mudança constitucional formal que seja promulgada seguindo adequadamente as regras constitucionais para a reforma. As reformas constitucionais podem ter diferentes graus de intensidade, alcance e objetivo. Aqueles que são profundos e abrangentes podem desfazer uma constituição e até mesmo destruir a institucionalização do constitucionalismo democrático. Por esta razão, a literatura e a jurisprudência em várias jurisdições têm utilizado os conceitos de "revisão" constitucional,<sup>77</sup> "desmembramento",<sup>78</sup> "substituição" e "reposição" para designar reformas constitucionais que envolvem alterações mais profundas dos elementos constitucionais essenciais, ou seja, a identidade ou a estrutura básica da Constituição. Além disso, os autocratas podem usar - e têm usado - reformas constitucionais para destruir o constitucionalismo democrático. Essas reformas os perpetuam no poder ou diminuem os controles, equilíbrios e os mecanismos de responsabilidade política e jurídica. Isto é o que David Landau chama de "constitucionalismo abusivo",<sup>79</sup> uma prática que corre o risco de destruir o constitucionalismo democrático sob o pretexto da reforma constitucional.<sup>80</sup>

Do ponto de vista do projeto institucional, os constituintes podem adotar duas estratégias extremas. Por um lado, se quiserem buscar estabilidade política e jurídica ou criar um mecanismo forte para evitar constitucionalismo abusivo, podem adotar procedimentos de reforma rígidos e muito exigentes. Por outro lado, se os constitucionalistas quiserem permitir que as autoridades constituídas respondam às novas exigências sociais modificando as disposições constitucionais, eles podem estabelecer procedimentos flexíveis para reformar a Constituição.

Ambas estratégias criam riscos inegáveis. Se a Constituição prevê apenas um

---

<sup>76</sup> No *The Federalist* 43. Madison argumentou que o Artigo V da Constituição Americana estabelecia um equilíbrio entre estes objetivos: "protege igualmente contra aquela extrema facilidade que tornaria a Constituição muito mutável; e aquela extrema dificuldade que poderia perpetuar seus defeitos descobertos" (MADISON, James. *The Federalist* No. XLIII. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Federalist, sobre a Nova Constituição**. Nova York: B. Warner, 1817. p. 239).

<sup>77</sup> Para uma discussão esclarecedora sobre as diferenças entre revisão constitucional e reforma constitucional, ver ALBERT, Richard. Amendment and revision in the unmaking of constitutions. In: LANDAU, David; LERNER, Hanna. (Eds.). **Handbook on Comparative Constitution-Making**. Cheltenham: Edward Elgar. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstractid=2841110>>. Acesso em: 12 mar. 2018. Ver também, LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. **American Political Science Review**, v. 88, n. 2, p. 356, 1994. p. 356.

<sup>78</sup> ALBERT, Richard. Emenda constitucional e desmembramento. **Yale Journal of International Law**, v. 43, 2018.

<sup>79</sup> Sobre o conceito de constitucionalismo abusivo, ver LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **University of California Davis Law Review**, v. 47, p. 189-200, 2013. p. 189-200; e DIXON, Rosalind; Landau, David. Constraining Constitutional Change. **Wake Forest Law Review**, v. 50, p. 859-890, 2015. p. 859-890.

<sup>80</sup> Sobre o argumento da aparência, ver LANDAU, David. The importance of constitution-making. **Denver University Law Review**, v. 89, n. 3, p. 611-633, 2011-2012.

procedimento de reforma e ele é muito rigoroso democraticamente, o risco de reformas constitucionais destruindo o constitucionalismo democrático ou minando a Constituição é baixo. Entretanto, as autoridades políticas terão dificuldades para adaptar a Constituição as novas realidades ou corrigir erros. Eles terão que recorrer a mudanças constitucionais informais. Isto poderia levar a uma evasão da democracia na atualização da Constituição. Por exemplo, em países como os Estados Unidos, a interpretação constitucional e a mutação são a forma usual de atualizar a Constituição, as pessoas e seus representantes são privados da oportunidade de deliberar sobre possíveis emendas à Carta.

Entretanto, se os procedimentos de reforma forem muito acessíveis, então as autoridades políticas não terão problemas para atualizar a Constituição, mas ao mesmo tempo poderiam facilmente destruir o constitucionalismo democrático ou desfazer a Constituição através da reforma.

Uma estratégia que está gozando de crescente popularidade em todo o mundo é baseada na doutrina de emendas constitucionais inconstitucionais.<sup>81</sup> A base desta doutrina é o reconhecimento de que existem limites explícitos ou implícitos para o poder da reforma constitucional. Enquanto as cláusulas pétreas institucionalizam limites explícitos, os tribunais reconheceram limitações implícitas. Uma maneira de tornar tais limites aplicáveis é a revisão constitucional das emendas constitucionais. Esta estratégia envolve a derrubada de emendas constitucionais por motivos substantivos quando elas alteram a estrutura básica da constituição, sua identidade ou seus elementos essenciais, de modo que a constituição possa ser considerada substituída por outra. Os antecedentes deste tipo de controle constitucional são a doutrina indiana da estrutura básica da Constituição<sup>82</sup> e a doutrina de substituição constitucional do Tribunal Constitucional colombiano.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> ROZNAI, Yaniv. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. The Limits of Amendment Powers. Oxford: Oxford University Press, 2017.

<sup>82</sup> Desde *Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala*, AIR 1973 SC 1461, a Suprema Corte da Índia tem sustentado que o poder de emenda do Parlamento não implica a autoridade para mudar a estrutura básica da Constituição. Em *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, essa Corte vinculou o conceito de estrutura básica com a ideia de identidade da Constituição. Uma questão debatida permanece: que elementos pertencem à estrutura básica? Ver KRISHNASWAMY, Sudhir. **Democracia e Constitucionalismo na Índia: A Study of the Basic Structure Doctrine**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 71 f. Ver também, KHOSLA, Madhav. Emenda Constitucional. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. (Eds.). **The Oxford Handbook of the Indian Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 232-250. Sobre a doutrina da estrutura básica sob uma perspectiva comparativa, ver BARAK, Aharon. Unconstitutional Constitutional Amendments. **Israeli Law Review**, v. 44, p. 321-341, 2011.

<sup>83</sup> Sentenças C-970 e C-971/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141 e C-397/2010, C-574/2011, C-170, C-249, C-288, C-317 e C-1056/2012, C-010 e C-579/2013, C-577/2014 e C-332/2017. Para uma explicação crítica desta doutrina, ver BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the Justification and meaning of the Constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.

Como explica Roznai,<sup>84</sup> juízes estão difundindo o uso desta doutrina em todo o mundo. Mas como os juízes devem fazer esse tipo de exame?

Mais uma vez, há várias possibilidades aqui. Em primeiro lugar, os juízes poderiam ser muito respeitosos às reformas constitucionais realizadas pelas autoridades políticas, independentemente de como elas são concebidas e de seu impacto na democracia constitucional. Em segundo lugar, eles poderiam sempre exercer um intenso controle judicial para evitar o constitucionalismo abusivo e preservar a democracia.

Uma terceira via poderia vir de uma alternativa catalítica. Ao longo do tempo, na prática da revisão constitucional das reformas constitucionais, os tribunais poderiam solicitar às autoridades políticas que se engajem em uma deliberação justa e inclusiva para reformar a constituição e, em particular, as disposições referentes aos elementos essenciais do constitucionalismo democrático. Desta forma, os juízes poderiam estabelecer duas regras de equilíbrio:

- 1) Quanto mais os elementos essenciais do constitucionalismo democrático ou da constituição são alterados através da reforma constitucional, mais deliberações são necessárias durante o procedimento.
- 2) Quanto menos justa e inclusiva for a deliberação durante um procedimento de reforma constitucional, mais intenso deverá ser o escrutínio judicial da reforma.

A decisão C-332 de 2017, do Tribunal Constitucional da Colômbia, fornece um exemplo de como um Tribunal pode exercer seu papel catalisador aplicando estas regras. Nessa sentença, a Corte examinou uma reforma constitucional que estabelecia um procedimento *acelerado* especial para a implementação do Acordo de Paz assinado em 2016 entre o governo colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). As características essenciais desse procedimento incluíam: o monopólio governamental do poder de apresentar projetos de lei e reformas constitucionais; a redução pela metade do número de debates necessários para a aprovação de reformas constitucionais (quatro em vez de oito debates) e leis (dois em vez de quatro debates); que as emendas introduzidas pelos congressistas a projetos de lei apresentados pelo Congresso não seriam válidas sem a aprovação do governo; e a exigência de que os projetos de lei fossem votados em sua totalidade, o que proibia a prática de votar em cada disposição.

Os membros do principal partido político da oposição questionaram a constitucionalidade das duas últimas características. Eles apelaram para a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, ressaltando que as disposições do Ato Legislativo

---

<sup>84</sup> ROZNAI, Yaniv. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. The Limits of Amendment Powers. Oxford: Oxford University Press, 2017.

1/2016 substituíram parcialmente um princípio constitucional essencial, a saber, a Separação de Poderes. A aprovação das emendas pelo governo e a votação em bloco deram poderes excessivos ao Poder Executivo, em detrimento dos poderes do Congresso.

Em seu julgamento, a Corte Constitucional aplicou a doutrina da substituição constitucional e declarou a inconstitucionalidade dessas duas características do procedimento *fast track*. Certamente, o Tribunal reconheceu que a constitucionalidade dos instrumentos de justiça transitórios deveria ser analisada utilizando normas mais flexíveis. No entanto, também considerou que, mesmo deste ponto de vista, a aprovação pelo governo das emendas e a votação em bloco eram limitações desproporcionais à Separação de Poderes e à democracia deliberativa. Sob estas condições, o Congresso não poderia se engajar em uma deliberação legislativa plena, o que também garantiria o pluralismo político e os direitos políticos das minorias. Além disso, foi particularmente significativo para a Corte que o Congresso tivesse aprovado esta reforma constitucional sem deliberação. O partido de oposição, que havia ganho um plebiscito de rejeição do Acordo de Paz, havia se recusado a votar a reforma constitucional. Assim, a Corte rejeitou a reforma para catalisar a democracia deliberativa na implementação do Acordo de Paz.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo defendi a tese de que a Bíblia institucionalizou um sistema de separação de poderes entre diferentes autoridades: Deus, o rei, os juízes e os profetas. Também enfatizei a relevância da função catalítica dos profetas. Os profetas cumpriram esta função dialogando com o rei para encorajá-lo a agir de forma virtuosa, na busca do bem comum e da proteção dos interesses do povo.

Também argumentei que este papel deveria ser a base de um modelo de separação de poderes apropriado ao constitucionalismo democrático. Neste modelo, os juízes devem desempenhar um papel catalisador e devem agir de forma não invasiva. Ao contrário, eles devem tornar os problemas sociais negligenciados legal e politicamente visíveis e criar incentivos para que as autoridades políticas busquem o bem comum e protejam os direitos fundamentais. Alguns exemplos mostram como tal exercício da função catalítica judicial leva ao respeito pelas competências do Poder Legislativo e do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, à realização de seus objetivos finais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBERT, Richard. Amendment and revision in the unmaking of constitutions. In: LANDAU, David; LERNER, Hanna. (Eds.). **Handbook on Comparative Constitution-Making**. Cheltenham: Edward Elgar.

Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstractid=2841110>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ALBERT, Richard. Emenda constitucional e desmembramento. **Yale Journal of International Law**, v. 43, 2018.

ALBERT, Richard. Constitutional amendment by constitutional desuetude. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, p. 641, 2014

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ARATO, Julian. Interpretação de tratados e transformação constitucional: mudança informal nas organizações internacionais. **Yale Journal of International Law**, v. 38, 2013. p. 304.

ARISTÓTELES. **Politics**. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.4.four.html>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

BARAK, Aharon. Unconstitutional Constitutional Amendments. **Israeli Law Review**, v. 44, p. 321-341, 2011.

BERNAL, Carlos. Informal constitutional change. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, p. 495, 2014.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the Justification and meaning of the Constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.

BILCHITZ, David; LANDAU, David. Introduction: The evolution of the separation of powers in the Global South and Global North. In: Bilchitz, David; Landau, David. (Eds.). **The Evolution of the Separation of Powers**. Cheltenham: Elgar, 2018.

BILCHITZ, David. **Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BURNSIDE, Jonathan. Old Testament: Torah and Constitutionalism. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0002>. Acesso em: 29 jul. 2024

CRISAFULLI, Vezio. **Disposizione (e norma)**. Enciclopedia del Diritto, v. XIII, p. 165 e 203, 1964.

DIXON, Rosalind; Landau, David. Constraining Constitutional Change. **Wake Forest Law Review**, v. 50, p. 859-890, 2015.

EKINS, Richard. Democracy: Self-Government and the Kingdom of Heaven. In: ARONEY, Nicholas; LEIGH, Ian (eds.). **Christianity and Constitutionalism**. New York, 2023. Online edn, Oxford Academic, 22 Sept. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780197587256.003.0011>. Acesso em: 29 jul. 2024

FERRAZ, Octavio. Desigualdades na saúde, direitos e tribunais: O impacto social da 'judicialização da saúde' no Brasil. In: YAMIN, Alicia E.; GLOPPEN, Siri. (Eds.). **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?**. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2011.

GAROUPA, Nuno. Comparing Judicial Activism - Can we Say that the US Supreme Court is more Activist than the German Constitutional Court. **Revista portuguesa de filosofia**, v. 72, n. 4, p. 1089-1105, 2016.

JUNG, Courtney; HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. Economic and social rights in national constitutions. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 4, 2014.

KHOSLA, Madhav. Emenda Constitucional. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. (Eds.). **The Oxford Handbook of the Indian Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRISHNASWAMY, Sudhir. **Democracia e Constitucionalismo na Índia: A Study of the Basic Structure Doctrine**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **University of California Davis Law Review**, v. 47, p. 189-200, 2013.

LANDAU, David. The importance of constitution-making. **Denver University Law Review**, v. 89, n. 3, p. 611-633, 2011-2012.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, 2012.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. In: Laslett, P. (Ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. **American Political Science Review**, v. 88, n. 2, p. 356, 1994.

MADISON, James. The Federalist No. XLIII. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Federalist, sobre a Nova Constituição**. Nova York: B. Warner, 1817.

MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**, Livro XI. Disponível em: <<https://oll.libertyfund.org/titles/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

NOLAN, Aoife. Ireland: The separation of powers doctrine vs. socio-economic rights. In: LANGFORD, Malcolm. (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

---

## INFORMAÇÕES DO AUTOR

---

### Carlos Bernal-Pulido

Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca e em Filosofia pela Universidad de Flórida. Professor na Universidade de Dayton (USA) e na Universidade de La Sabana (Colômbia). Contato: cbernal1@udayton.edu ou carlosbep@unisabana.edu.co.

---

---

**COMO CITAR**

---

BERNAL-PULIDO, Carlos. Os fundamentos bíblicos da separação de poderes e o papel catalisador do juiz. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 29, n. 1, p. 230-253, 2024. DOI: 10.14210/nej.v29n1.p230-253.

Recebido em: 26 de nov. de 2023

Aprovado em: 15 de fev. de 2024