

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

DIOGO BACHA E SILVA

**ATIVISMO NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: A TRANSCENDÊNCIA
DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A
(I)LEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE
JUSTIFICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

POUSO ALEGRE – MG
2012

DIOGO BACHA E SILVA

**ATIVISMO NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: A TRANSCENDÊNCIA
DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A
(I)LEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE
JUSTIFICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof.(a) Dr.(a) Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

FDSM-MG
2012

DIOGO BACHA E SILVA

ATIVISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: A
TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A (I)LEGÍTIMA
APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Orientador
FDSM

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes
FDSM

Prof. Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles
UFF

Pouso Alegre-MG
2012

Para Tulinho e Leia Lúcia, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alexandre Bahia, pela orientação segura e dedicada e também pela interlocução acadêmica que propiciou ensinamentos valiosos incorporados ao trabalho;

Também aos Profs. Drs. Dierle Nunes, Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Walter Guandalini Jr., José Luiz Quadro Magalhães, Rafael Simioni, Liliana Jubilut cujas contribuições foram incisivas durante este projeto acadêmico. As valiosas lições foram, em alguma medida, incorporadas no trabalho, bem como em minha formação.

À Ana Carolina Borges pela dedicação e empenho que transforma o Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM em um lugar agradável. Também pelo seu companheirismo diário e pelo carinho que sempre conduziu a relação entre a instituição e os alunos do programa.

Em especial ao colega Luciano Meni, vez que não mediu esforços para contribuir para meu aprimoramento pessoal e intelectual.

Aos colegas Wagner Boechat, Tuany Custódio, Dimas Daniel, Thiago Alves, Andréia Arruda, Nélida, Mayra, Ricardo Lima, Daniel Limongi, João, Luiz, Claudinei, Manuela, Ana Paula, Ana Carla, pelo incentivo nos momentos mais difíceis.

A todos os funcionários da FDSM que tornam prazeroso o estudo e a convivência diária.

À Nadya Lion por estar ao meu lado mesmo quando as adversidades pareciam impossíveis de serem contornadas.

A toda minha família que apoiou este projeto acadêmico.

"O resgate discursivo de pretensões de verdade conduz à aceitabilidade racional, não a verdade".

Jürgen Habermas

"Marcados nessas pedras você vai encontrar a dor de nossa luta, a tristeza de nossas perdas e os alicerces de nossa vitória".

Nelson Mandela

RESUMO

SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. 2012. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2012.

A presente dissertação pretende enfrentar a problemática do ativismo judicial e seu contexto dentro do Estado Democrático de Direito. Para tanto, através das contribuições da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, pode-se entender que o ativismo judicial se dá exata medida em que o Poder Judiciário passa a utilizar de discursos de fundamentação e não de aplicação de direitos. A separação de Poderes deve ser vista, dentro do paradigma Estado Democrático de Direito, como uma separação lógico-argumentativa entre procedimentos institucionalizados de formação da vontade política distintos. Dentro deste norte teórico, a teoria da transcendência dos motivos determinantes presente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade se torna problemático. É que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado passariam a usurpar o discurso de fundamentação próprio do Poder Legislativo. Para agravar a situação, tais decisões imporiam às demais instâncias do Poder Judiciário e a outras autoridades públicas não o resultado de uma decisão, mas impor-se-iam os argumentos morais, éticos e políticos presentes na decisão.

Palavras-chave: ativismo judicial, controle de constitucionalidade, transcendência dos motivos determinantes, Teoria discursiva do Direito, discursos de fundamentação e aplicação.

ABSTRACT

SILVA, Diogo Bacha e. Judicial activism in control of constitutionality: the transcendence of the determinants reasons and (i)legitimate appropriation of the discourse of justification by the Supremo Tribunal Federal. 2012. 209f. Dissertation (Master of Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2012.

This thesis aims to tackle the problem of judicial activism and its context within the democratic state. Therefore, through the contributions of Discourse Theory of Law Jürgen Habermas, one can understand that judicial activism occurs exact extent to which the judiciary is the use of discourses of reasons and not to apply duties. The separation of powers must be viewed within the paradigm of democratic rule of law, as a separation between logical and argumentative institutionalized procedures of forming the political will separate. Within this theoretical north, the theory of transcendence of the motives for the actions of this concentrated control of constitutionality becomes problematic. Is that a judgment given by the Supreme Court in the concentrated control would usurp own speech grounds of the Legislature. To make matters worse, these decisions would impose to other instances of the judiciary and other public authorities not the result of a decision, but they would impose the moral arguments, present the ethical and political decision.

Keywords: judicial activism, judicial review, transcendence of compelling reasons, discourse theory of law, discourse of fundamentation and application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I VINCULAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A ILEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	14
1.1 Efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade: o que vincula uma decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade	22
1.2 Vinculação decisória entre o discurso de justificação e discurso de aplicação.....	34
1.3 A transcendência dos motivos determinantes como apropriação do discurso de fundamentação: o Poder Judiciário usurpando o Poder Legislativo na tarefa de fundamentar direitos.....	38
II SEPARAÇÃO DE PODERES: A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MODERNO	42
2.1 Do poder no medievo ao poder na modernidade	46
2.2 O legado de Montesquieu para o Estado Moderno: diferenciação funcional dos poderes estatais	51
2.3 A distinção entre legislação e jurisdição como base da autonomização do sistema jurídico moderno	57
2.4 Da separação ao diálogo entre as funções.....	66
III A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO PARA O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	72
3.1 Democracia e Constitucionalismo no Estado Democrático de Direito.....	73
3.2 A quem cabe a tarefa de guarda da Constituição? A interpretação da Constituição como formação da vontade e opinião política.....	83
3.3 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: controle concentrado entre privatização e defesa da Constituição.....	90
3.4 Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito	98

IV POR UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	108
4.1 Desdobrando um precedente	120
4.1.1 Obter Dicta	120
4.1.2 Ratio Decidendi.....	122
4.2 Efeito vinculante na decisão proferida em controle concentrado no Brasil.....	126
4.2.1 Distinção entre efeitos vinculantes e <i>erga omnes</i> no caso brasileiro	127
4.2.2 Efeitos vinculantes na medida cautelar	138
V ATIVISMO JUDICIAL: A DECISÃO JUDICIAL ENTRE O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITOS PARA AS MINORIAS POLÍTICAS.....	143
5.1 Conceito de Ativismo Judicial	154
5.2 Ativismo e atitude <i>self-restraint</i> do Poder Judiciário: a separação de poderes em xeque.....	164
5.3 A decisão no controle de constitucionalidade entre o discurso de fundamentação e discurso de aplicação	169
5.4 A formulação de um conceito constitucionalmente adequado de ativismo judicial ..	177
5.5 Fundamentação de direitos para minorias políticas? O poder judiciário como guardião das promessas não cumpridas da democracia.....	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
REFERÊNCIAS	192

INTRODUÇÃO

A afirmativa de que a Constituição não seria a mesma sem um órgão e um procedimento operativo apto a dar garantias ao cumprimento de sua normatividade é lugar comum no campo dos estudos constitucionais. Não há dúvidas da importância de um órgão incumbido de zelar pela Constituição, bem como de medidas que possam garantir o respeito à mesma. Contudo, a problemática surge em saber quais os limites que incidem sobre este órgão, entre a própria guarda da Constituição e o desrespeito a pretexto de exercer o zelo da Carta Magna.

Há um paradoxo irretratável. A pretexto de exercer a guarda da Constituição, muitas vezes o órgão incumbido de seu controle acaba por infringir seus dispositivos.

Mesmo assim, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade operou mudanças significativas na forma de visualizar a Constituição. Não é demais afirmar que a jurisdição constitucional reinventou a Constituição¹. No entanto, algumas posturas assumidas pelos órgãos incumbidos de exercer o controle de constitucionalidade colocam em xeque o próprio sentido da Constituição.

No âmbito dos estudos teóricos do Direito Constitucional e da jurisdição constitucional costuma-se partir de uma imagem idealizada do julgador e atribui-se uma má fama ao legislador². Tanto em países de tradição jurídica romano-germânica quanto nas tradições jurídicas do direito consuetudinário, as ideias que permeiam o campo de estudo são as mesmas. De um lado, o Poder Legislativo como ameaça à Constituição democrática. De outro, o Poder Judiciário visto como guardador de uma comunidade política. A crítica do presente trabalho está em se readequar o lugar central da tarefa jurisdicional, mormente àquela que diga respeito à fiscalização da Constituição. O objetivo que orientará o presente trabalho não é tanto um resgate ou enaltecimento da

¹ José Adércio Leite Sampaio em sua obra sustenta que a Constituição não seria a mesma sem uma instância jurisdicional garantidora de seus preceitos. Nesta medida, a jurisdição constitucional transforma as disposições constitucionais de meros preceitos de boas intenções para normas jurídicas. SAMPAIO Jose Adercio Leite. *A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 5-7.

² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2.

função legislativa. Acredita-se que este resgate ou enaltecimento ocorrerá a partir do momento em que os estudos acerca da extensão e dos limites do Poder Judiciário forem levados a sério.

É que cada vez mais os órgãos incumbidos de realizar o controle de constitucionalidade transpõem os limites indicados pela própria Constituição e monopolizam o próprio sentido da Constituição. A isto, costumou-se referir como ativismo judicial. Termo pejorativo que, em alguma medida, indica o movimento feito pelo Poder Judiciário no qual este sairia de seu *locus* constitucionalmente fixado e passaria a invadir atribuições que pertenceriam a outras funções estatais.

Mas, para se delimitar adequadamente cada um dos lugares constitucionalmente fixados, é necessário ir além da mera indicação das atribuições. Não basta apenas dizer que ao Poder Legislativo incumbe editar atos legislativos, entendidos como aqueles de caráter geral e abstrato, ou que ao Poder Judiciário incumbiria a resolução dos litígios. Em uma sociedade complexa, os lugares parecem muito indefinidos. Neste sentido, pois, que a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas pode oferecer uma contribuição adequada, ao demarcar cada uma das funções de acordo com o discurso próprio que elas utilizem, no caso do Judiciário, discursos de aplicação, no caso do Legislativo, discursos de justificação/fundamentação.

Nesta medida, acreditamos que o controle de constitucionalidade é uma tarefa de aplicação jurídica e não de criação/fundamentação de direitos. A perspectiva de um órgão jurisdicional criador de direitos nos remete à ideia de um guardião do processo político em que as questões ético-morais, tal qual uma leitura comunitarista poderia sugerir, pertencem com exclusividade ao foro do Poder Judiciário³ e, em alguma medida, também ao legislador negativo de Hans Kelsen.

A correta maneira de reconstruir os limites do Poder Judiciário em sociedades democráticas passa pela consideração de sua função perante a própria democracia. Controlar os demais poderes não quer dizer, em absoluto, apropriar-se da própria cidadania e dos influxos deliberativos que pertencem à sociedade. À evidência, a jurisdição constitucional corretamente exercida proporciona um aprendizado no processo democrático de consolidação e promoção de direitos fundamentais.

³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006. p. 188-189.

Ao contrário, uma jurisdição constitucional exercida de modo arbitrário e sem reflexão de seus próprios limites transforma o projeto político de uma comunidade jurídica em uma contradição à própria ideia de democracia.

Vale salientar que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional. Além de significar maior proteção substantiva para o longo catálogo de direitos fundamentais tutelados pela Constituição, o exercício da jurisdição constitucional, se adequadamente exercido, proporciona a implantação e a consolidação da democracia.

Com o advento da EC 3/93 que criou novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, bem como incorporou o efeito vinculante, de origem tedesca, à nossa práxis, o modelo criado de jurisdição constitucional pela Constituição Federal de 1988 sofreu intensas modificações. O Supremo Tribunal Federal, munido de novos poderes, passou a exercer suas atribuições de forma muitas vezes irrefletida e, ainda em alguns casos, autoritária.

Não sem certa dose de ironia pode-se falar que vivemos em uma Supremocracia⁴. O Supremo Tribunal Federal passa a ser o órgão central da vida política e jurídica do País. Até que ponto, portanto, a posição de centralidade não advém de posturas assumidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal com o objetivo de modificar até mesmo a vontade do Poder Constituinte é uma das questões que procuraremos abordar.

É de fundamental importância saber qual é o lugar democraticamente reservado à Jurisdição Constitucional, isto é, até onde poderá o STF chegar na sua missão de guarda e defesa da Constituição.

A pesquisa que se inicia pretende oferecer uma contribuição acerca do problema do ativismo judicial e do exercício desmedido no controle de constitucionalidade pela via concentrada. Para responder a esta problemática é que se elege a contribuição de teórica de Jürgen Habermas e Klaus Günther sempre preocupada em demarcar precisamente o exercício dos poderes estatais no paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito.

No capítulo 1, pretende-se abordar a problemática do presente trabalho, isto é, o que significa o efeito vinculante e como ele foi adotado em nosso sistema de controle

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-464, 2008.

de constitucionalidade. Essencial, nessa medida, saber o contexto jurídico em que foi introduzido.

Depois, no capítulo 2 é analisado tema central nos contornos do ativismo judicial, qual seja, a separação de Poderes como projeto teórico da modernidade e que, de alguma forma, implica na divisão entre funções estatais. É de se ver, pois, como a separação de Poderes assume a sua configuração atual desde sua formulação de Montesquieu até complexificação da sociedade moderna.

Ainda, o capítulo 3 pretende demonstrar como o marco teórico eleito pode operar no sentido de conferir legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional. Para tal desiderato, é preciso analisar a relação entre Constitucionalismo e democracia, a quem caberia a guarda da Constituição e, por conseguinte, da própria democracia.

Deixa-se ao capítulo 4 o estudo do precedente. Com aportes da teoria oriunda do direito anglo-saxônico, faz-se uma diferença, ainda que sucinta, entre as partes que contém a fundamentação da decisão. Na mesma esteira, diferencia-se o chamado efeito vinculante presente nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade de efeito *erga omnes*, bem como sua presença ou não em decisões meramente cautelares.

Por fim, no capítulo derradeiro, estuda-se a problemática da caracterização do ativismo judicial na teoria da transcendência dos motivos determinantes em controle concentrado de constitucionalidade.

I - VINCULAÇÃO DECISÓRIA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A ILEGÍTIMA APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A conformação do sistema de controle de constitucionalidade remonta, segundo Mauro Cappelletti, à antiguidade grega. Em seu Direito pré-moderno, conhecia-se a figura do *nómos*, algo como as leis em sentido estrito, cujo conteúdo seria as organizações estatais e cuja modificação ocorreria de uma maneira mais dificultosa que o *pséfisma*, algo como o Decreto. Tanto um ato como outro seria de competência da Assembleia Popular Geral – *Ecclesia* – mas que se diferenciavam, a depender do seu conteúdo. À *Nómos* pertenceriam apenas os assuntos de maior interesse e, por isso, ficariam de fora das paixões políticas. Os *pséfismas* seriam a forma normal com que a Assembleia deliberava. Contudo, estes atos deveriam estar em conformidade com aquele, sob pena de responsabilidade penal de seu autor e invalidade do mesmo⁵. Aqui já se afirmam as bases de superioridade de um ato normativo sobre outro, tema que, aliás, será a base sobre o qual se assenta o controle de constitucionalidade.

Sobretudo no Século XVII, com a doutrina de Sir. Edward Coke explicitamente pronunciada no famoso *Bonham Case* em 1610, é que a ideia de superioridade da *common law* sobre os *statutory law* da qual, por consequência, exsurgiria a superioridade daquelas sobre os atos do parlamento, e que incumbiria ao Poder Judiciário analisar a validade destes atos editados pelo parlamento em contraste com o *common law*, foi que se assentou as bases para a criação do *judicial review* posteriormente nas colônias inglesas do além mar⁶.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editora, 1999. p. 49-51. Também, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 34.

⁶ BELAÚNDE, Domingo García. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. 4ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003. p. 27. ENTERRÍA, Eduardo García de. La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1, n. 1, Enero-Abril 1981, p. 35-131. p. 38. SEGADO, Francisco Fernandez. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano –Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Público*. Nº2, Out./Dez. 2003, p. 55-82. p. 56.

É bem verdade que o argumento mais famoso do caso *Bonham* – superioridade da *common law* sobre os atos do parlamento ou do rei – foi estabelecido a partir de um *obiter dicta* do Sir Edward Coke. De fato, o argumento de que havendo contradição entre uma lei estabelecida pelo parlamento e princípios da *common law* há de prevalecer este último, sendo realizado de forma marginal no famoso voto prolatado pelo juiz Coke⁷.

Na ocasião estava em causa perante o Tribunal do *Common Pleas*, presidido por Sir Edward Coke, a impetração de uma ordem de *habeas corpus* em favor do Sr. Bonham, preso, após ser multado por determinação do Colégio de Médicos de Londres, sob a alegação de exercício da Medicina sem a devida licença emanada do referido órgão. No caso concreto, portanto, a questão jurídica submetida ao Tribunal estava em saber se era legítimo o Colégio impor prisão à indivíduos graduados em medicina por instituição superior de ensino, porém sem a devida licença do referido órgão que era o responsável, por meio de uma concessão real posteriormente ratificada pelo parlamento, para regulamentar a profissão de médico e também sancionar aquele que indevidamente exercesse a profissão⁸.

O voto de Edward Coke, portanto, busca diferenciar a prática ilícita ou indevida, suscetível à pena de multa por parte do Colégio de Médicos, e a prática incorreta ou a mal prática, esta sim poderia levar a pena de prisão determinada pelo Colégio⁹. Nestes termos, o Colégio não poderia ter determinado a prisão de Bonham, a partir da distinção que o mesmo faz entre a prática indevida e prática incorreta. A cláusula parlamentar que garantiria ao Colégio de Médicos a possibilidade de determinar a prisão de indivíduos que exercessem a medicina sem a licença contrariaria princípio do *common law* de que ninguém pode ser ao mesmo tempo parte e juiz de um caso¹⁰.

Dessa forma é que Jorge Rey Martínez diz que a questão constitucional da superioridade do *common law* sobre os atos parlamentares são coisas ditas de passagem, sem ser a *holding* do caso em apreço¹¹. Na contramão da maioria da doutrina e

⁷MARTÍNEZ, Jorge Rey. Uma relectura del Dr. Bonham`Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, LARREA, Zaldívar Lelo de (Orgs).. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. tomo I México: UNAM-Marcial Pons, 2001. p. 851.

⁸ Idem.

⁹ MARTÍNEZ, Jorge Rey. Ibidem. p. 858.

¹⁰ MARTÍNEZ, Jorge Rey. passim.

¹¹ MARTÍNEZ, Jorge Rey. Ibidem. p. 865.

realizando uma releitura do famoso caso *bonham's* Jorge Rey Martínez chega à conclusão de que este não é um genuíno precedente do *judicial review*¹².

Independentemente da questão constitucional relativa à superioridade da *common law* ser ou não *obter dicta* no julgamento, os revolucionários norte-americanos, do outro lado do Atlântico, utilizaram-na com o objetivo pragmático de afirmar um direito fundamental, superior aos atos do Parlamento inglês, em sua luta contra a dominação da coroa inglesa¹³.

Já com a independência norte-americana (1776) e a discussão da promulgação da Constituição Norte-Americana de 1787, Hamilton nos artigos federalistas de número 78 posiciona-se a favor da competência do poder judiciário de declarar a constitucionalidade de um ato do Poder Legislativo:

A independência rigorosa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *Bill of attainder* e decretos de proscricção, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, **senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulo todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeito quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares**¹⁴ (grifo nosso).

Esta foi a ideia que norteou o sistema constitucional americano, sendo, ao lado do sistema federal, a principal criação do constitucionalismo norte-americano¹⁵. Até ser definitivamente proclamada pelo *Chief of Justice* da Suprema Corte Americana John Marshall no caso *Marbury x Madison* (1803)¹⁶, a competência para o poder judiciário anular um ato legislativo em desacordo com a Constituição, foi especificamente utilizada em mais de vinte vezes por parte dos Estados federativos¹⁷. Naquela ocasião, John Marshall assim decidiu:

¹² Idem.

¹³ ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 57.

¹⁴ HAMILTON, MADISON e JAY. *O federalista*. Belo horizonte: editora Líder, 2003. p. 459.

¹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García. *Ibidem*. p. 57.

¹⁶ Para detalhes sobre o caso consultar MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 37-44. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

¹⁷ ENTERRÍA, Eduardo García. *Ibidem*. p. 59; MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 37-44. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 8.

Os poderes do Legislativo são definidos e limitados; para que estes limites não sejam mal compreendidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. [...] A distinção entre governos com poderes limitados e ilimitados seria abolida se tais limites não vinculassem as pessoas às quais se endereçam e se fossem igualmente permitidos os atos proibidos e os permitidos. É óbvio e incontestável que a Constituição censura qualquer ato legislativo contrário a ela. Se não, o Legislativo pode alterar a Constituição mediante lei ordinária. [...] Certamente todos aqueles que elaboraram Constituições escritas consideraram-na lei fundamental e suprema da nação. Conseqüentemente a teoria de todos os governos desse tipo deve ser que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo. [...] Constitui enfaticamente tarefa e dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a norma aos casos concretos devem necessariamente expor e interpretar a norma. Se duas leis entram em conflito entre elas, as Cortes devem decidir sobre a aplicabilidade de cada uma. Se uma lei contraria a Constituição, e tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei. A Corte deve determinar qual entre as normas conflitantes regula o caso. Essa é a verdadeira essência do ofício do juiz. Se as Cortes devem respeitar a Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, é a Constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos se aplicam¹⁸.

É bem verdade que a referida decisão que propagou para o mundo o *judicial review*, apesar das circunstâncias fáticas envolvidas, foi mais do que mero fruto do acaso ou da sagacidade política de John Marshall¹⁹. Seguindo as lições de Mauro Cappelletti, ela foi “não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”²⁰. Apontar um marco zero para o controle de constitucionalidade é desconsiderar a história construída ao longo dos séculos. É desconsiderar que o *judicial review* é, antes de qualquer construção filosófica, uma técnica jurídica de aplicação nas Constituições escritas dos princípios e regras construídas pela *common law* para evitar que pessoas públicas e privadas abusem do poder frente ao cidadão²¹.

Mesmo não se podendo considerar o ato inicial da trajetória do controle de constitucionalidade, o precedente *Marbury x Madison* (1803) foi aquele que rapidamente influenciou o projeto constitucional da maioria dos países que agasalharam a supremacia constitucional²².

¹⁸ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 26.

¹⁹ Neste sentido o artigo de MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. ob.cit. p. 39.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. ob. cit.. p. 63.

²¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. p. 4.

²² Exceto, por exemplo, a França com um modelo bem específico de controle de constitucionalidade, o sucesso do *judicial review* rodou o mundo. Sobre o modelo Frances de controle de constitucionalidade,

Nos mesmos moldes que o modelo americano, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade aqui aportou pelas mãos de Ruy Barbosa, mentor intelectual da Constituição Republicana de 1891²³, que adotou o controle difuso e incidental no art. 59 da referida Carta Republicana²⁴. Ocorre, contudo, que a instituição do controle de constitucionalidade no Brasil, ao contrário de seu similar norte-americano, não se deu no sentido de proteger a democracia, a separação de poderes ou os direitos fundamentais, mas, sim, uma imposição da Assembleia Constituinte para salvaguardar a própria República²⁵.

O próprio mentor intelectual de nossa Constituição de 1891, Ruy Barbosa, alguns anos após, publica obra tratando de alguns arrazoados elaborados em sua *práxis* forense em que analisa o sistema de controle de constitucionalidade previsto naquela Carta, especificamente o art. 59. Diz ele, então, que

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária á subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o principio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a

ver o artigo de GOMES, Joaquim Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n°. 158, abr./jun. 2003, p. 97-125.

²³ Antes mesmo da Constituição, o Decreto n. 510, de 22/06/1890, denominado de Constituição Provisória previa, em seu art. 58, §1º a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar atos contrários á Constituição, assim como o Decreto n. 848 do Governo Provisório que regulamentou a justiça federal dispunha, em seu art. 9º acerca da competência do STF: “Art. 9º Compete ao Tribunal: [...]Parapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

- a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;
- b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;
- c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula”.

²⁴ Art.59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:[...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob.cit. p. 275.

constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério²⁶.

Daí se vê que nosso sistema de controle de constitucionalidade foi criado à maneira do *judicial review* norte-americano, donde a análise da compatibilidade da lei ou ato normativo é realizado de maneira difusa por qualquer juiz ou tribunal e, ainda, apenas incidentalmente no curso de um processo ordinário entre duas partes litigantes²⁷.

De outro lado, na Europa ocidental um sistema de garantia jurisdicional apareceu somente na Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920 com a criação de uma Corte Constitucional, sob a inspiração teórica de Hans Kelsen, cuja função seria fiscalizar a constitucionalidade das leis²⁸. Razões de ordem histórica e política explicam a não recepção do *judicial review* no velho continente. Em primeiro lugar, o triunfo da soberania popular nas Revoluções Gloriosa e Francesa colocaram o parlamento como órgão que encarnava a soberania do povo, tendo em conta a representatividade política desses órgãos²⁹. Como consequência da supremacia parlamentar, havia um clima de desconfiança com os demais poderes já que representavam o *ancien regimem*, ou seja, tudo aquilo que os revolucionários buscaram superar³⁰.

Aqui, entretentes, o período republicano serviu para consolidar nosso modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade. A promulgação da Constituição de 1934 manteve as mesmas características do modelo da Carta de 1891 no art. 76, III³¹,

²⁶ BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. p. 58.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. ob.cit. p. 103.

²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 124.

³⁰ Exemplo elucidativo do clima de hostilidade do controle de constitucionalidade é a edição na França da Lei 16 de 24 de Agosto de 1790 instituindo o *refere legislatif* que tinha o condão de retirar do Poder Judiciário a função de interpretar a lei. Também a criação de uma Corte de Cassação como órgão subordinado ao Poder Legislativo para anular qualquer interpretação de lei que violasse sua expressão textual fecha um corpo de medidas contra o Poder Judiciário que, de certo, impediram a absorção dos princípios enunciados em *Marbury x Madison* (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 147.

³¹ Art 76 - A Corte Suprema compete:[...] III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

- a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
- b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
- d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;

porém inovou, em primeiro lugar, em atribuir ao Senado Federal competência para suspender lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal³², bem como ao instituir a representação interventiva, “fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal”³³.

Nosso sistema de controle de constitucionalidade só veio a ter uma profunda modificação com a promulgação da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de Novembro de 1965, na vigência da Constituição de 1946 que instituiu, entre nós, uma forma de controle concentrado por via principal no modelo europeu, no art. 101, I, k, da Carta reformada³⁴. É bem verdade que a instituição, pela Constituição de 1934, da representação interventiva serviu de parâmetro para a criação de um modelo de controle concentrado de normas. Ocorre, contudo, que a mesma denominação “representação” ocasionou dificuldades doutrinárias e judiciárias na compreensão da diferença entre os institutos³⁵.

A falta de uma tradição no controle concentrado de norma fez com que dúvidas fossem levantadas acerca dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na representação interventiva. Isso porque coexistia a representação interventiva, como forma de controle abstrato, e a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo. Com a entrada em vigor do Regimento Interno do Supremo Tribunal em 1º de Dezembro de 1980 é que se consolidou a ideia de que a intervenção do Senado Federal seria necessária apenas nas declarações incidentais de inconstitucionalidade de normas feitas pelo Supremo Tribunal Federal, já que as declarações feitas nas representações interventivas de *per si* detinham efeitos *erga omnes*³⁶.

³² Art 91 - Compete ao Senado Federal:[...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

³³ MENDES, Gilmar, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 1087.

³⁴ Art. 101. Compete ao Supremo Tribunal: I – julgar originariamente: [...] k- a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Ob. Cit. p. 210.

³⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, Ob. Cit. p. 211. RISTF, “Art. 178 - Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do Art. 42, VII, da Constituição”.

A promulgação da Constituição de 1988 visou redemocratizar a ordem jurídica e política. Com este ideal, o sistema de controle de constitucionalidade sofreu alterações sensíveis. Manteve-se a difusão, permitindo-se a qualquer juiz ou tribunal a análise acerca da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, com o Supremo Tribunal Federal como última instância julgadora³⁷. Na mesma medida, coube ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Art. 52, X, CF).

As principais inovações, sem dúvida, ocorreram na forma do sistema de controle concentrado de normas. Em primeiro lugar, houve significativa ampliação do rol de legitimados para a propositura da denominada ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CF/88), com variegados órgãos estatais e, até mesmo, da sociedade civil. Esta ampliação levada a cabo pela Constituição conduziu alguns autores, de forma prematura, a afirmar que houve uma redução do modelo difuso até então adotado pelo nosso sistema de controle, com a proeminência do controle concentrado de normas³⁸.

Ainda, ciente de que muitas vezes a inconstitucionalidade não decorre da edição de uma lei ou ato normativo, mas sim na omissão da prática de um ato normativo tendente a dar eficácia a uma norma constitucional, o constituinte criou novo instrumento de controle concentrado e principal, a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no §2º do art. 103, cujos legitimados são os mesmos que a ação direta³⁹.

Por último, a redação primitiva do parágrafo único cuidou de criar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, inspirada no *verfassungsbeschwerde* do

³⁷ A competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso extraordinário o habilita como órgão máximo revisor do controle de constitucionalidade (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. ob. cit. p. 227). Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

³⁸ Assim, o principal difusor da referida doutrina, Gilmar Mendes chega a afirmar que todas as controvérsias constitucionais seriam submetidas através do controle de constitucionalidade: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, Gilmar, et al. *Curso de Direito Constitucional*. ob. cit. p. 1104). Concordamos com Elival da Silva Ramos, no entanto, que tal ampliação, apesar de não alterar a configuração de nosso sistema de controle, confere maior efetividade e adensamento qualitativo no âmbito da proteção dos direitos individuais (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. ob. cit. p. 232-233).

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. ob. cit. p. 65.

direito germânico que se destina à proteção dos direitos fundamentais, mas que com a edição da lei regulamentadora 9.882/99 teve sua natureza transfigurada para instrumento de índole objetiva⁴⁰. É de se salientar que, até a edição da referida, o Supremo Tribunal Federal entendia pela não auto-aplicabilidade do instituto⁴¹.

O breve histórico aqui tratado servirá para termos a exata compreensão do nosso sistema de controle de constitucionalidade e nos permitirá entender a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 03/93.

1.1.Efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade: O que vincula uma decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade?

A problemática em torno de nosso sistema de controle de constitucionalidade – objeto principal de análise do presente trabalho – começa com a edição da Emenda Constitucional n. 3, de 7 de Março de 1993, que institui, ao lado das figuras já mencionadas, mais uma forma de controle concentrado de normas, a Ação Declaratória de Constitucionalidade⁴².

⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, ob. cit. p. 233.234. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. ob.cit.p. 245.

⁴¹ “Ementa: Direito Constitucional, Civil e Processo Civil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: art. 102, §1º, da Constituição Federal de 1988. Decreto Estadual de intervenção em Município. 1. O §1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro ao dispor: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. [...]” (AgRg em Pet 1140-7/TO, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.05.96).

⁴² A Emenda constitucional conferiu nova redação a alínea a, do I do art. 102 para conferir competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a referida ação declaratória, bem como acrescentou novo parágrafo ao art. 102 para aduzir que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (art. 102, §2º, CF/88). A edição da referida Emenda constitucional, segundo nos lembra Sérgio Sérulo da Cunha, teve o claro intuito pragmático de diminuir as perdas judiciais da União em razão de inúmeras ações judiciais que questionavam a constitucionalidade de medidas tomadas pelo governo na área previdenciária e tributária (CUNHA, Sérgio Sérulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, 1997, p. 148 et seq). Assim, a Emenda Constitucional veio resolver o problema de caixa da União em duas frentes: a criação do IPMF e a ADC. “Por um lado ganhava-se mais uma fonte de receitas para dar contas dos aumentos de indenizações a que estava sujeita a União, por outro, criava-se um mecanismo através do qual aquela poderia resolver per saltum e in abstracto a questão da (in)constitucionalidade de certas medidas” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense*, v. 378, mar./abr. 2005, p. 665-671. p. 671). Também, neste sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin.

Esta ação de feições concentradas não encontra similar no direito comparado. Por ela, visa o Supremo Tribunal Federal afastar a insegurança jurídica criada em torno da aplicação ou interpretação de uma norma infraconstitucional com a Constituição, na hipótese em que da sua interpretação resulte controvérsia entre os órgãos judiciários de instâncias inferiores⁴³.

A grande novidade residia na previsão de que as decisões proferidas em Ação Declaratória de Constitucionalidade deveriam ter “eficácia contra todos e efeito vinculante” (art. 102, §2º, CF/88).

Logo após a edição da Emenda Constitucional vozes da doutrina levantaram-se alegando violação à separação de poderes, ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, tendo culminado com a propositura de uma Ação Direta no Supremo Tribunal Federal contestando a criação deste novo instituto⁴⁴, não tendo sido apreciada pela mais alta Corte do país por questão uma processual.

No entanto, logo na primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, esta Corte, em questão de ordem, teve que julgar a controvérsia acerca da própria constitucionalidade do instituto. Julgou, pois, pela constitucionalidade da instituição do novo instrumento⁴⁵.

E a controvérsia estaria instaurada na própria noção da expressão efeito vinculante. O que deveria significar vinculação de uma decisão? Se a expressão eficácia contra todos já era conhecida de nosso sistema, a eficácia vinculante foi novidade instituída juntamente com a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Entretanto, para se ter a exata noção da expressão, é preciso ter em mente que nosso sistema de controle de constitucionalidade seguiu o modelo norte-americano,

A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*: Ob. Cit. p. 203.

⁴⁴ Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade recebeu o número 913 no Supremo Tribunal Federal, porém acabou sendo extinta por falta de legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros proponente da referida ação. (STF, ADinMC 913, rel. Min. Moreira Alves, DJU 5/5/1995). A inserção da ação declaratória de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico teve um intuito nitidamente pragmático de proteção aos cofres governamentais, já que muitas ações questionavam medidas governamentais nas áreas tributária e previdenciária. Dessa forma, protegia-se o erário através da resolução, em abstrato, da dúvida da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de certa medida implementada pelo governo. Nesse sentido, veja-se BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense eletrônica – suplemento*, volume 378, mar./abr. 2005, p. 665-671. p. 671.

⁴⁵ Acórdão assim ementado: “Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à instituição desta ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade” (STF, ADC-QO 1, rel. Min. Moreira Alves, DJU 16/06/1995).

como se disse, sobretudo por influência de Ruy Barbosa, mas sem, no entanto, adotar um instituto muito caro ao modelo norte-americano, qual seja, o *stare decisis*. Este instituto é parte integrante dos modelos da tradição do *common law* e não do sistema jurídico da tradição romano-germânica, como é o nosso caso⁴⁶.

Este princípio é explicado por Edward RE:

A doutrina, cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido) tem raízes na orientação do *common law*, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira⁴⁷.

Ou, também Mauro Cappelletti, explicando o *stare decisis*, disserta que:

[...]o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não aplicação* da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada. Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “*on the books*”, é tomada “*a dead law*”, uma lei morta⁴⁸.

A adoção do sistema de controle difuso norte-americano sem o princípio *stare decisis* ocasiona o inconveniente de ser apresentado o mesmo caso em juízo, ainda que após diversos pronunciamentos da mais alta Corte acerca da não aplicação da lei⁴⁹. De modo um tanto quanto original, entretanto, nosso modelo contornou o inconveniente ao atribuir ao Senado Federal a competência para suspender com efeitos *erga omnes*

⁴⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob.cit.. p. 342.

⁴⁷ RE, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287. p. 282.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. ob.cit.p.. 81.

⁴⁹ Segundo Cappelletti este foi o caso de diversos países, tais como Japão, Noruega, Dinamarca e Suécia: “Ulteriores inconvenientes do método difuso de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo. O exemplo típico é oferecido por um colega japonês – o Japão é, exatamente, um dos Países onde o inconveniente está se manifestando mais seriamente: Tício instaura um procedimento, arguindo a inconstitucionalidade de uma lei em matéria tributária e obtém a não aplicação dela no caso concreto; mas “*according to the individual – effect theory, the law per se remains in force and binding on taxation offices*”; mas com a consequência de que, para obter a não aplicação da lei, isto é, para obter o mesmo tratamento de Tício, qualquer sujeito interessado deverá por sua vez, instaurar um novo processo” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. ob.cit.p. 79).

disposições de lei declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em exercício de controle de forma incidental⁵⁰.

Conforme se observa, o *stare decisis* é um instituto peculiar aos sistemas de *common law* que faz com que, uma vez pronunciada a inconstitucionalidade de uma lei pela mais alta corte do país, esta deixa de ser aplicada pelos demais órgãos jurisdicionais. Contudo, é bom repisar que, distintamente de nosso sistema jurídico, o modelo norte-americano não conhece o que aqui chamamos de eficácia contra todos. Em síntese, o *stare decisis* tem o mesmo efeito que o nosso eficácia contra todos.

Assim, restaria saber, entre nós, o que significaria eficácia vinculante, já que não poderia – aliás impossível em modelo tão díspare – ser explicado pelo *stare decisis*?

Ora, o efeito *erga omnes* é próprio do modelo austríaco de controle de concentrado de constitucionalidade onde significaria os limites subjetivos dos órgãos submetidos ao decidido pela Corte, isto é, quais os órgãos que deveriam o efetivo respeito à decisão constitucional da corte:

Com efeito, o sistema austríaco tem, além do caráter constitutivo, também caráter geral, ou seja, dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (eficácia geral). A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor – salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional – aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei constitucional⁵¹.

Eficácia contra todos conota, então, a extensão dos efeitos da própria decisão para todos os órgãos e entidades submetidas à aplicação da lei, sem que se necessite da atuação ou edição de qualquer ato normativo por parte do Senado Federal para a efetiva suspensão da lei ou ato normativo⁵²:

⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. Ob. Cit. p. 229. Também CRUZ, Álvaro Ricaro de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob.cit.p. 342.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle jurisdicional de constitucionalidade*. ob. cit, p. 118.

⁵² Luis Roberto Barroso equívoca-se quanto ao fundamento da existência do instituto ao liga-lo à substituição processual: “A extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explica-se, doutrinariamente, por força do fenômeno da substituição processual. Não há necessidade, nesse caso, de suspensão da lei pelo Senado Federal, o que ocorrerá na hipótese de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental (art. 52, X). As pessoas e órgãos constantes do art. 103 da Constituição atuam com legitimação extraordinária, agindo em nome próprio, mas na defesa do interesse da coletividade. Por essa razão é que os efeitos da decisão têm caráter geral, e não apenas entre as partes do processo, como é a regra” (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Ob. Cit. p. 179). O equívoco quanto a utilização do fundamento da substituição processual está em que as entidades aptas a deflagarem o controle concentrado não atuam em nome de direito alheio, mas sim em direito próprio como possíveis guardas da Constituição eleitos pelo Poder Constituinte.

A eficácia *erga omnes* em uma decisão no controle concentrado, que se restringe a sua parte dispositiva, quer significar que ela atinge a própria eficácia geral e abstrata da norma objeto do controle e, por conseguinte, atinge a todos [...]. Declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no primeiro caso confirmando a eficácia geral e abstrata que lhe é inata, no segundo retirando-lhe essa eficácia, a decisão atinge, por isso mesmo, todos os potenciais destinatários, incluindo os órgãos do Poder Judiciário e, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal⁵³.

É, com efeito, um efeito do prisma tipicamente processual, consoante Gilmar Mendes⁵⁴, que impede a rediscussão da própria decisão, isto é, ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Vale dizer, assume as funções, só que em um plano abstrato, da coisa julgada no processo civil. Se houver a declaração de inconstitucionalidade, então já, de *per se*, a decisão extirpará a norma do ordenamento⁵⁵. Se, de outro lado, houver a declaração de constitucionalidade, esta mesma norma não poderá ser novamente discutida com aqueles mesmos fundamentos.

Obviamente, o efeito *erga omnes* é consectário lógico das normas sobre as quais se trata a modalidade de controle. Explica-se, se a modalidade de controle é feita tendo em vista normas gerais e abstratas que abrangem indefinidos destinatários, os mesmos efeitos devem ser previstos para a decisão. Em perfeita sintonia, está Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

As decisões do STF não sofrem limitações no espaço, pois abrangem todos os âmbitos territoriais sob domínio brasileiro. Sabe-se também que a eficácia *erga omnes* é própria dos atos normativos de natureza geral, atingindo um número indefinido de destinatários. O número e as características dos destinatários dependem do dispositivo examinado. A norma pode se dirigir a todos, a determinada categoria de sujeitos, de maior ou menor amplitude (aposentados, advogados, músicos da orquestra sinfônica estadual), até a uma única pessoa. Mas, na grande maioria dos casos, os destinatários são múltiplos indefinidos. Considerando essas características dos atos normativos, a decisão de inconstitucionalidade deve apresentar plena simetria com a norma declarada inconstitucional em relação aos seus destinatários: os efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade devem alcançar todos aqueles aos quais a norma tenha sido dirigida⁵⁶.

⁵³ SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 210.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 359. Em outro texto, o referido autor vai dizer, até mesmo para sustentar seu conceito de efeito vinculante, que “parece assente, entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere à parte dispositiva” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 178.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 184.

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. ob. cit. p. 190-191.

Considerando, pois, essa conceituação da noção de eficácia contra todos, ou seja, de que a decisão prescinde da atuação do Senado Federal para emanar efeitos a todos os possíveis destinatários da norma em exame, bem como impede a rediscussão da causa no Supremo Tribunal Federal, o que será, então, o efeito vinculante?

Na discussão levantada acerca da própria constitucionalidade da Ação Declaratória na Questão de Ordem na ADC 1, o relator Ministro Moreira Alves chega, em seu voto, a querer dar contornos ao instituto. Disse ele, na ocasião, que o efeito vinculante:

É um plus com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema [...] que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade [...], do efeito vinculante que lhe é próprio resulta: a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que esse garanta a autoridade dessa decisão; e b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

De igual sorte, o Ministro Marco Aurélio, naquela assentada, divergiu do voto relator, ao sustentar a inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional n. 3 que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade, exatamente por implicar na inobservância do contraditório, já que os demais poderes, bem como destinatários, deverão observar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em processo no qual não participem⁵⁷.

De ver se, pois, que mesmo no julgamento da constitucionalidade em que deveriam ter sido enfrentadas as questões que rondavam o novo instituto, tal como o efeito vinculante, este não foi caracterizado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido, ao final, objeto de divergências entre os próprios Ministros.

No campo doutrinário, Gilmar Mendes pretende apontar a distinção que, segundo ele próprio, constava do Projeto de Emenda Constitucional n. 130 de 1992

⁵⁷ STF, ADC-QO 1, rel. Min. Moreira Alves, DJU 16/06/1995

entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a partir do §31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã que trata da eficácia da decisão proferida por esta Corte em controle concentrado, delimitando-a como de força de lei (*Gesetzeskraft*), autoridade de coisa julgada (*Rechtskraft*) e efeito vinculante (*bindungswirkung*)⁵⁸.

Segundo o mesmo autor, tal distinção foi o que inspirou a Proposta de Emenda Constitucional n. 130 de 1992 que, afinal, converteu-se na Emenda Constitucional n.3/93:

Em 1992, o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas foi referido em Projeto de Emenda Constitucional apresentado pelo Deputado Roberto Campos (PEC n. 130/92). No aludido projeto, distinguia-se nitidamente a eficácia geral (*erga omnes*) do efeito vinculante. Tal como assente em estudo que produzimos sobre esse assunto, que foi incorporado às justificações apresentadas no aludido Projeto, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos⁵⁹.

Portanto, a Emenda Constitucional promulgada em 1993 acabava por albergar a teoria do referido jurista. Nela, efeito vinculante, tal qual adotada pelo Tribunal Constitucional, diferenciava-se dos institutos da coisa julgada e da força de lei em razão da parte da decisão alcançada, ou seja, enquanto força de lei e coisa julgada apenas abrangeriam a parte dispositiva, o efeito vinculante incidiria sobre os fundamentos da decisão:

A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3/93 está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no §31, 2, da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tivesse incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original. Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto. A primeira indagação, na espécie, refere-se às decisões que seriam aptas a produzir o efeito vinculante. Afirma-se que, fundamentalmente, são vinculantes as decisões capazes de transitar em julgado. Tal como a coisa julgada, o efeito vinculante refere-se ao momento da decisão. Alterações posteriores não são alcançadas. Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. ob.cit. p. 188.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 186.

obter dicta. Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão⁶⁰.

Deste modo, as motivações na interpretação da Constituição que o Tribunal Constitucional tomar em sua decisão transcendem o caso analisado para obrigar todos os tribunais e autoridades administrativas⁶¹. Dessa forma, o que denotaria a diferença entre o efeito vinculante da coisa julgada e da força de lei é, exatamente, a capacidade de que os fundamentos que determinaram a decisão possam espargir-se como obrigatórios para os órgãos obrigados à sua observância, o que facilitaria o desenvolvimento da ordem constitucional⁶².

Para reforçar sua argumentação, Gilmar Mendes ainda salienta, de um modo um tanto quanto retórico, que o efeito vinculante é decorrente da própria função de guarda ou defesa da Constituição:

[...]o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado Democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário e o próprio Tribunal não estão impedidos de reconhecer essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte. Assinale-se, nessa mesma linha, que esta Corte não estará exorbitando de suas funções ao reconhecer efeito vinculante a decisões paradigmáticas por ela proferidas na guarda e defesa da constituição. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais⁶³.

É bem verdade que o efeito vinculante foi previsto originariamente apenas para a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Contudo, em vista do caráter dúplice ou ambivalente de ambas ações de controle concentrado, declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, a extensão do efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade não ofereceria maiores dificuldades:

Questão interessante dizia respeito à possível extensão do efeito vinculante à decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Aceita a ideia de que a ação declaratória configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigurava-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. ob.cit.p. 188.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 189.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 190.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. ob.cit. p. 313-314.

inconstitucionalidade tenha efeitos ou consequências diversos daqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade⁶⁴.

A edição da Lei 9.868/99 regulamentando a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade acabou por sepultar a discussão em seu parágrafo único do art. 28 prevendo efeito vinculante para ambas as ações⁶⁵.

Contudo, com base em uma distinção entre efeito vinculante previsto por norma constitucional e efeito vinculante previsto por norma infraconstitucional, vozes doutrinárias começaram a levantar a possível inconstitucionalidade do efeito vinculante previsto na Ação Direta de Inconstitucionalidade já que não haveria autorização constitucional para tanto⁶⁶. De plano, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o argumento na Reclamação 1.880/SP e aplicou o efeito vinculante na Ação Direta de Inconstitucionalidade nos mesmos termos da Ação Declaratória de Constitucionalidade, de princípio, apenas, para autorizar o ajuizamento de reclamação constitucional⁶⁷.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. ob.cit.. p. 1342.

⁶⁵ Lei 9.868/99: “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

⁶⁶ Acerca de uma possível distinção entre efeito vinculante constitucional e legal ver LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 153-154.

⁶⁷ A decisão ficou assim ementada: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único).

2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.

3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

4. Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado.

5. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP, está o Município legitimado para propor reclamação. (DJ de 30.08.01) Agravo regimental provido. (STF, AgRg na Rcl 1880/SP, rel. Min. Mauricio Correa, DJU 07/11/2002).

A teoria de Gilmar Mendes de que o efeito vinculante seria a própria transcendência dos fundamentos determinantes do campo doutrinário ganhou fôlego até alcançar ecos no Supremo Tribunal Federal, sob forte influência do mesmo, que a adotou no julgamento da Reclamação 1987-0/DF, relator Ministro Mauricio Correa, DJ 21.05.2004:

Reclamação. Cabimento. Afronta à decisão proferida na ADI 1662-SP. Seqüestro de verbas públicas.Precatório. Vencimento do Prazo para Pagamento. Emenda Constitucional 30/00. Parágrafo 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

1. Preliminar. Cabimento. **Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.**
2. Ordem de Seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada- ADI 1662-SP, Mauricio Correa, DJ 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no §2º do art. 100 da Constituição Federal
3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.
4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substancia, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.**
5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662-SP.

Com efeito, referida decisão em sede de reclamação foi tomada com base nos fundamentos determinantes que sobressaem da ADI 1662, segundo o voto do então Ministro Gilmar Mendes naquela ocasião⁶⁸.

⁶⁸ Tal alcance do efeito vinculante já foi adotado pelo STF em alguns julgados para efeito de dar provimento a Reclamações nas quais se pedia a “extensão” do entendimento dado na decisão de uma ação de controle concentrado (acerca de uma certa lei/ato normativo) a outra lei/ato normativo com conteúdo similar. Dessa forma, outras leis/atos normativos semelhantes também devem ser considerados constitucionais/inconstitucionais de acordo com o entendimento vinculante dado pelo STF em controle concentrado, como se lê no *leading case*: “uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da

A adoção de tal teoria em nosso sistema jurídico é problemática. Se nem em seu país de origem, Alemanha, a teoria dos motivos determinantes como característica do efeito vinculante é abraçada de forma pacífica pela doutrina, quanto mais dizer em um sistema como o nosso em que foi adotado, desde o princípio, o controle difuso e incidental estadunidense. Segundo Leonardo Martins,

[...] o efeito do vínculo às decisões avançou, segundo a jurisprudência do próprio TCF, estendendo-se às razões fundamentais, definidas como tais aquelas que não podem ser dispensadas sem que se comprometa o sentido das decisões. Essa interpretação ganhou, na literatura especializada, porém, mais repulsa do que concordância⁶⁹.

As objeções levantadas na Alemanha, segundo o mesmo autor, foram de duas ordens: em primeiro lugar, a dificuldade em saber o que seriam motivos determinantes e aquelas razões tomadas de modo acessório e, em segundo lugar, uma canonização dos motivos, o que faria com que houvesse uma petrificação do Direito Constitucional⁷⁰.

O que causa mais espanto, no entanto, é a reprodução pela dogmática nacional de que o efeito vinculante diferenciaria-se exatamente pela transcendência da *ratio decidendi* da questão em análise. Nesta toada, por exemplo, Roger Stiefelmann Leal ao conceituar efeito vinculante

[...] como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado. Da vinculação aos fundamentos determinantes da decisão decorre, a exemplo dos demais países que adotam o efeito vinculante, a vedação dos seus destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida nos julgados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle principal de constitucionalidade⁷¹.

Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional” (BRASIL, STF, Rcl nº 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004 p. 33). Cf. também: BRASIL, STF, Rcl nº 2.363, RTJ 193/513; e MC Rcl nº 2.986-MC, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 18.03.2005 p. 87. Entretanto, mantém-se a orientação sobre o não alcance dos “motivos determinantes da decisão” ao legislador – “nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes da decisão de inconstitucionalidade” (AgRg Rcl 2.617, RTJ 193/858). Também contra qualquer extensão do efeito vinculante aos “motivos determinantes” ver ABOUD, Geoges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 136 *et seq.*

⁶⁹ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 107.

⁷⁰ MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. p. 107-108.

⁷¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*: ob. cit. p. 150.

Em sentido que coloca a parte dispositiva e também os motivos determinantes, estão Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

O efeito vinculante pode ser definido como proibição de contrariar decisão proferida pelo STF, sendo essa proibição endereçada a outros órgãos estatais. No Brasil, o efeito vinculante está presente em processos de controle abstrato de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Em formulação positiva, o efeito vinculante indica a obrigação de cumprir o dispositivo da decisão e, eventualmente, de seguir sua fundamentação jurídica ao decidir casos semelhantes⁷².

Ligando ainda a transcendência dos motivos determinantes à necessidade dos tribunais proverem segurança jurídica e justiça, Celso de Albuquerque Silva ao dissertar:

O efeito vinculante tem por finalidade exatamente de modo imediato incrementar a certeza jurídica e, assim, mediatamente, assegurar a justiça. Para alcançar esse desiderato, o efeito vinculante precisa superar a visão clássica dos efeitos da coisa julgada que se limitia à parte dispositiva da sentença para abranger também os seus fundamentos justificantes. Essa peculiaridade não é apenas um aspecto desejável, mas imprescindível para a fecunda operacionalização do sistema. Isso tanto mais é verdade, que o princípio que governa o caso e, a *fortiori*, vincula o resultado nos casos subsequentes, só pode ser aferido quando cotejado com as razões justificadoras do resultado⁷³.

Em síntese, a transcendência dos motivos determinantes, nos moldes como implementado na Alemanha, vem sendo adotada de forma acrítica pela doutrina e alguns julgados que a aplicam dentro do próprio Supremo Tribunal Federal em sistema de controle de constitucionalidade que, em tudo difere, do seu congêneres tedesco. A correta conceituação do próprio efeito vinculante e, por conseguinte, do nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade deve ser reanalisado de acordo com teorias que colocam o nosso modelo de Estado – Democrático de Direito – em primeiro plano.

1.2.Vinculação decisória entre o discurso de justificação e discurso de aplicação

⁷² DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. ob.cit.p. 181-182.

⁷³ ALBUQUERQUE SILVA, Celso. *Do efeito vinculante: sua legitimação e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 223-224.

O Estado Democrático de Direito cobra mais do que decisões pautadas na mera legalidade, decisões que, de alguma forma, apenas satisfazem a pretensão da segurança jurídica. O Direito em uma sociedade complexa e plural deve atender simultaneamente as exigências de aceitabilidade racional e coerência com o ordenamento. Somente assim se conseguirá atender aos critérios de legitimidade de uma decisão jurisdicional:

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas[...]. No nível da prática judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente⁷⁴.

E o critério de segurança jurídica “exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida”⁷⁵. Logo, decisões racionais são aquelas “as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito”⁷⁶.

Ou seja, também o Direito e as decisões jurisdicionais devem ser produtos de discussões racionais acerca do evento único e irrepetível. No marco teórico que dá contornos ao presente trabalho, a Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, referido autor, a partir de Klaus Günther, vai estabelecer uma distinção entre discurso de justificação ou fundamentação e discurso de aplicação.

Klaus Günther afirma que a validade da norma dependerá da aceitabilidade de todos em igualdade de circunstâncias: “Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente”⁷⁷. Mas a validade da norma pode ser encarada sob dois aspectos: em primeiro lugar, deve-se supor os

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flavio Biondo Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 246.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 246.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 67.

interesses dos afetados com a respectiva observância em todas as situações e, em segundo lugar, se a norma pode ser aceita nas diferentes circunstâncias⁷⁸.

Ou seja, “para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações”⁷⁹. E uma norma válida também deve ser fundamentada por razões discursivas. E as razões discursivas só poderão ser critério de validade, desde que se cumpram condições ideais de argumentação, quais sejam, participação livre e igual de todos os afetados⁸⁰.

No discurso de justificação os argumentos utilizados podem incluir razões éticas, morais ou pragmáticas:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente⁸¹.

Abstrai-se, portanto, no discurso de justificação, das possíveis hipóteses de aplicação concreta das normas, bem como se admite argumentação discursiva ampla⁸².

Já, no discurso de aplicação, Klaus Günther defende que:

[...] cada uma das situações é relevante não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstancias especiais, o fundamento é se e como a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, como se estivéssemos naquela situação, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstancias de aplicação, mas exclusivamente a uma⁸³.

Esta necessidade de se analisar as circunstâncias específicas de cada caso advém, segundo Alexandre Bahia (a partir de Günther), do imperativo de que

⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. *Ibidem*. p. 69-70.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Neste sentido, GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.17-18, 1995. p. 271-302. p. 278.

⁸¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. p. 62.

⁸² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 281.

⁸³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. ob.cit p. 70.

[...] as regras dedutivas clássicas são cegas à avaliação dos casos particulares, a partir dos quais serão tomados os dados que permitirão chegar à conclusão. Já que não há uma norma ideal, todas as normas padecem da necessidade de serem completadas pelos dados do caso concreto para terem condições de aplicação⁸⁴.

No discurso de aplicação, portanto, devem-se considerar os interesses particulares dos envolvidos nesta prática discursiva:

Questões de aplicação de normas afetam a autocompreensão e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas⁸⁵.

E para fundamentar esse interesse o participante deve considerar a validade *prima facie* uma norma, não, porém, no sentido de que basta citar sua validade e aplicá-la, mas no sentido de demonstrar argumentativamente qual norma aplicável ante dada situação⁸⁶. Nos dizeres de Marcelo Cattoni:

[...] todas as normas válidas são, de início, indeterminadas em sua referência e têm necessidade de conexões relacionais adicionais no caso concreto individual – o que vale não só para os princípios e direitos constitucionais estruturantes do sistema jurídico. Elas são aplicáveis *prima facie*, no sentido de que devemos ingressar em um discurso de aplicação para comprovar se encontrarão aplicação em uma situação não prevista pelo processo de justificação ou se, embora válidas, devem ceder a outras, essas, sim, adequadas. Uma norma somente fundamenta um juízo normativo singular, que pode ter a pretensão de ser correto, se essa norma se comprovar singularmente adequada ao caso em questão. A validade *prima facie* de uma norma tão somente significa que essa norma foi imparcialmente justificada⁸⁷.

De igual forma, Alexandre Bahia: “Discursos de aplicação referem-se justamente ao complemento (à concretização) que se dá às normas válidas *prima facie* ao se proceder a uma descrição completa da situação”⁸⁸.

⁸⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. p. 328.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1: *Ob. Cit.* p. 284.

⁸⁶ Neste sentido GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995. p. 271-302. p. 284.

⁸⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. ob. cit. p. 64.

⁸⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

O discurso de aplicação requer, pois, a adequação da norma ao caso concreto, argumentativamente problematizado⁸⁹. Mas, para isso, é necessário tomar em consideração todas as circunstâncias que o rondam, isto é, “tomar a pretensão (contrafactual) de reconstruir todas as suas características, todas as características que o tornam único”⁹⁰. Significa com Habermas que:

[...] ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constelación de roles en la que las partes puedan presentar todos os aspectos controvertidos de un caso ante un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y además una distribución de competencias conforme a la que el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio⁹¹.

É com essa distinção entre justificação e aplicação que se pode operar uma distinção entre funções estatais, ou seja, entre legislação e jurisdição:

Pode-se, então, afirmar que há uma divisão de tarefas entre os processos legislativo e jurisdicional, a partir da distinção e correspondências desses processos com os discursos de justificação e aplicação, respectivamente. Logo, em um discurso de aplicação, o operador do Direito deve pressupor que as normas legisladas são válidas – haja vista terem sido positivadas a partir de um discurso de justificação, procedimento esse capaz de garantir, à primeira vista, sua validade. A discussão, portanto, estaria restrita à busca pela norma adequada ao caso concreto⁹².

Com o discurso de aplicação, como descoberta da norma adequada ao caso concreto, tomar-se-á o Direito como evento complexo que precisa de uma hermenêutica ou método adequado a uma sociedade plural, já que se deve levar em consideração que todo evento, inserido em um espaço temporal, é único, irrepetível e específico, exigindo do intérprete uma leitura também que albergue a complexidade inerente à nossa sociedade :

Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.. p. 329.

⁸⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. . *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*:ob.cit.. p. 63.

⁹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 282.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010.p. 240-241.

⁹² PEDRON, Flavio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008. p. 61-62.

[...] sob as exigências da hermenêutica constitucional insita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir⁹³.

É de se indagar, então, se a compreensão do efeito vinculante como transcendência dos motivos determinantes se coaduna com as características do Estado Democrático de Direito e de um Direito adequado a este modelo.

1.3.A transcendência dos motivos determinantes como apropriação do discurso de fundamentação: o Poder Judiciário usurpando o Poder Legislativo na tarefa de fundamentar direitos

Em princípio, é de se perquirir acerca de qual dos discursos apresentados no item anterior deve o exercício do controle de constitucionalidade trabalhar. Vale dizer, o exercício do controle de constitucionalidade é uma modalidade de discurso de justificação ou, ao revés, é apenas uma forma especial de exercício de discurso de aplicação?

Jürgen Habermas parte do princípio de que os discursos de justificação e aplicação oferecem um critério seguro para delimitar as tarefas do controle de constitucionalidade:

[...] a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação⁹⁴.

Mesmo o controle de constitucionalidade exercido na via concentrada, não exige o Poder Judiciário de analisar a adequação da norma às circunstâncias de um caso

⁹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. p. 44.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flavio Bieho Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 324.

concreto⁹⁵. Portanto, como leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o discurso de fundamentação já é, de plano, rejeitado por essa forma de controle:

O controle concreto, seja nos clássicos modelo americano (difuso) ou alemão (concentrado ou via recurso constitucional), impõe debates argumentativos impossíveis ao discurso de fundamentação, posto que este último não pode antecipar todas as constelações de circunstâncias concretas a serem regradadas⁹⁶.

Fica, assim, subentendido que também o controle concentrado exercido, seja por Cortes Constitucionais, seja por Tribunais Supremos, precisa limitar-se aos discursos de aplicação, sob pena de se transformar em uma instância autoritária com o discurso de justificação⁹⁷. A pergunta que subsiste, de acordo com o citado jurista mineiro, é qual seria o caso concreto analisado na via concentrada de controle de constitucionalidade?

Quanto à segunda questão, interessante notar a observação de Aroldo Plínio Gonçalves, a partir da própria estrutura do procedimento no direito positivo, no sentido de que mesmo nos processos de controle concentrado de constitucionalidade das leis há a presença do contraditório, uma vez que o Advogado-Geral da União é citado para defender o ato impugnado, sendo, pois, “um verdadeiro processo, e não um simples procedimento, ou um ‘processo de jurisdição voluntária’”⁹⁸

Pelo nível argumentativo da resposta abordada pelo autor – que afinal interessa sobremaneira ao tema aqui tratado - passamos a transcrevê-la:

Para Habermas o controle da constitucionalidade é o controle do processo de produção da lei. No entanto, esse controle não pode limitar-se ao exame dos requisitos do processo legislativo. Ao verificar a adequação de uma norma ao caso concreto, o Judiciário deve poder afastar uma norma ordinária e aplicar diretamente a Constituição. Nesse processo, o Judiciário poderá defender, a título de argumentação, a ilegitimidade da norma ordinária, por não se sustentar diante das exigências de reciprocidade da moralidade pós-convencional e dos direitos fundamentais, indispensáveis ao reconhecimento da legitimidade normativa. O Tribunal Constitucional, especialmente em

⁹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática* ob.cit.p. 246.

⁹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza.Ibidem. p. 247.

⁹⁷ Com efeito, segundo o autor, a autoritariedade está em que as Cortes Constitucionais ao exercerem a apropriação do discurso de justificação/fundamentação estarão reformulando os argumentos discutidos no procedimento de criação normativa para imporem valorações e preferências pessoais dos juízes e interpretes autorizados (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza.Ibidem. p. 248-249).

⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 101. No mesmo sentido, VÉSCOVI, Enrique. Bases para un Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de las leyes). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad del México, a. VIII, vol. 24, p. 1129-1151, sept./dic. 1975.

casos de concordância de princípios, poderá, em sede de controle abstrato, deliberar adequabilidade de uma norma ordinária/emenda constitucional, com base em decisões tomadas na via concreta. Essa decisão não é uma lei, tampouco o Tribunal, um legislativo político. O caráter generalista da decisão não transforma em provimento legislativo, vez que a mesma não se sustenta num discurso de justificação, no qual argumentos pragmáticos e ético-políticos são trabalhados do início ao fim do processo, isto é, o fato de a decisão assumir a forma de uma norma genérica e abstrata não permite a conclusão de que foi produto de um discurso de fundamentação. Ao contrário, a ação do Tribunal será sempre reconstrutiva, pois está presa inicialmente aos trabalhos do legislador e depois às conclusões da via concreta do controle de constitucionalidade.[...] A despeito de sua generalidade e abstração, a decisão na via abstrata não é uma lei, ou seja, produto de um discurso normativo de justificação.[...] Repita-se, nelas não há uma construção e sim um agir reconstrutivo das normas, compatível com o espaço criativo conferido pela hermenêutica contemporânea⁹⁹.

O que, ao fim, quer dizer é que o controle de constitucionalidade em via concentrada sempre parte de uma reconstrução da aplicação da norma no caso concreto. Não há como se conceber aplicação da norma sem que se a reconstrua à luz das circunstâncias concretas de sua efetiva incidência.

Neste ponto, a relação há de ser invertida. Ao invés da submissão do controle difuso ao controle concentrado, haveria de ocorrer o contrário, ou seja, o controle difuso e concreto deve fornecer as bases sobre o qual trabalhará o controle concentrado, sob pena de se tornar ilegítimo o exercício do controle concentrado¹⁰⁰.

Diga-se de passagem, a proeminência dada ao controle difuso no Brasil, ou seja, a possibilidade de que todos os juízes e Tribunais possam exercer o controle de constitucionalidade é que permitirá ou fornecerá argumentação adequada para o exercício na via concentrada.

Entretanto, o entendimento de que os tribunais e instâncias inferiores ficarão jungidos aos princípios e fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado subverte o próprio modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Estaria, pois, o Supremo Tribunal Federal exercendo, em verdade, uma espécie de discurso de fundamentação, ao impor argumentos pragmáticos, éticos e morais às instâncias inferiores, desbordando, assim, segundo a Teoria Discursiva do Direito, de

⁹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob.cit.p. 248-249.

¹⁰⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Ibidem*.p. 249. Ver também: BAHIA, Alexandre. Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis e Espaço Público no Brasil. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, v. 3, p. 11-24, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://pe.metodistademinas.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/133/123>>. Acesso em 15 de julho de 2012.

seu mister jurisdicional clássico de aplicar o Direito ao caso concreto, ou seja, à problemática da vida social.

Assim, o que ocorre é que o efeito vinculante, entendido como transcendência dos motivos que determinaram a decisão, impõem argumentos que não são próprios do Poder Judiciário e, ao cabo, acabam por deslegitimar o próprio exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

II - SEPARAÇÃO DE PODERES: A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO MODERNO

Este capítulo visa abordar a configuração da separação de poderes desde sua teorização clássica feita por Montesquieu até a forma como ela assumiu no sistema jurídico moderno. A formulação teórica de Montesquieu é repetida de modo acrítico por toda a dogmática jurídica. Em geral, limitam-se a explicar as motivações, os fundamentos e as possíveis contribuições deste princípio do constitucionalismo oitocentista.

Uma contribuição teórica e mais profunda ainda está por ser feita. A questão ainda ganha ares dramáticos se considerarmos que este princípio é reformulado a cada sistema jurídico. Não se pode dizer que ele é adotado de uma mesma maneira para todos os países e em todas as épocas. Sua configuração varia ao longo do tempo, do local em que está situado.

Qual é a configuração que a separação de poderes toma na atualidade, e quais os aspectos práticos que, durante séculos a fio, rondaram a preocupação de teóricos e juristas? Estas questões estão na ordem do dia ao verificarmos que cada vez mais se fala que um “poder” invadiu a esfera de atribuições do outro.

A dominação ou o exercício de um poder está atrelado à capacidade de produção de verdade. Em uma relação mais clara, para que o poder consiga alcançar seus objetivos é necessário que este disponha da capacidade de produção da verdade. É dizer, uma verdade que não seja submetida a contestações. Só assim estará alcançado o verdadeiro sentido do poder estatal como monopólio legítimo do uso da força, na expressão weberiana¹⁰¹, podendo submeter a todos em sua base física a um direito exclusivo.

Se, com Max Weber, a relação de dominação deve ser realizada com a detenção de meios materiais à disposição do dominante, no caso do Estado moderno um

¹⁰¹ O Estado moderno só ganha sentido na medida em que este possui uma exclusividade no exercício do poder: “[...] o Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão” (WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 17ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011. p. 62)

aparato burocrático administrativo e militar¹⁰², a relação se inverte com Michel Foucault. Esses “meios materiais de gestão” capazes de exercerem dominação e poder sobre os indivíduos, em Foucault, fazem parte do discurso. Ou seja, nessa vontade de saber historicamente constituído que conforme seu conteúdo satisfaz as pretensões da verdade

[...] ainda nos poetas gregos do século VI, o discurso verdadeiro – no sentido forte e valorizado do termo – o discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, aquele ao qual era preciso submeter-se, porque ele reinava, era o discurso pronunciado por quem de direito e conforme o ritual requerido; era o discurso que pronunciava a justiça e atribuía a cada qual sua parte; era o discurso que, profetizando o futuro, não somente contribuía para sua realização, suscitava a adesão dos homens e se tramava assim com o destino. Ora, eis que um século mais tarde, a verdade a mais elevada já não residia mais no que era o discurso, ou no que ele fazia, mas residia no que ele dizia: chegou um dia em que a verdade se deslocou do ato ritualizado, eficaz e justo, de enunciação, para o próprio enunciado: para seu sentido, sua forma, seu objeto, sua relação a sua referência. Entre Hesíodo e Platão uma certa divisão se estabeleceu, separando o discurso verdadeiro e o discurso falso¹⁰³.

A passagem da forma do discurso para o conteúdo, ou seja, daquele que enuncia para o quê enuncia pode ser caracterizada pela passagem de poder do sistema medieval, onde as relações eram todas pessoais, ou carismáticas com Max Weber, para relações de ordem racional na modernidade¹⁰⁴.

E a racionalidade da modernidade é dotada de um sentido específico quando transposta para o campo jurídico. O desencantamento do mundo jurídico – desencantamento no sentido empregado por Max Weber¹⁰⁵ – é um processo desencadeado pelo constitucionalismo moderno, através das técnicas de contenção do poder absoluto, cujo ponto culminante seja sem dúvida a aspiração a uma Constituição escrita como resultado dessa racionalidade¹⁰⁶.

¹⁰² WEBER, Max. *Ibidem*. p. 60.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 14-15.

¹⁰⁴ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. ob.cit. p. 57.

¹⁰⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹⁰⁶ É bem verdade que, segundo menciona Nicola Matteucci, o constitucionalismo não é um período histórico nem uma corrente de ideias, mas sim um tipo ideal para pensar a realidade histórica e política. (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Riera. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 23). Ademais, segundo o mesmo autor: “Lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba en leyes fundamentales consuetudinarias. En este sentido el constitucionalismo no se sustrae a la ley fundamental que caracteriza el desarrollo del Estado moderno, que es un proceso de racionalización de todos los aspectos de la vida política y social” (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del*

Dentre os mecanismos situados na constituição escrita para conter o poder está a separação ou diferenciação entre funções estatais. Esta é o resultado da preocupação política de Montesquieu de sua época, cuja racionalização conforma o pensamento político e histórico do constitucionalismo, as instituições presentes e a vida cotidiana como um todo¹⁰⁷.

É de se salientar que o presente capítulo não busca uma leitura historiográfica de continuidade e atemporal da lógica da separação de poderes. O distanciamento histórico entre sua formulação original e a lógica que o instituto é apresentado no presente momento cultural pela própria cientifização da dogmática constitucional parece insculpir, com quer Hespanha, uma ideologia política implícita do saber¹⁰⁸. Mais do que isso, a hipótese aqui é trabalhada a partir da problematização que o norteia.

Dentro da lógica de poder moderna, como é possível a separação teorizada por Locke e Montesquieu limitar o poder sempre arbitrário e dominador? Considerando que as relações de poder não podem mais serem vistas como mera violência ou gestão dos meios materiais à disposição do Estado, e sim através da sujeição às pretensões de dizer a verdade, como é de ser vista a questão da divisão funcional do poder soberano? Na lógica da separação de poderes, quem estará na posse do discurso verdadeiro? Ou, em outras palavras, o poder de produzir a verdade pertencerá a qual dos órgãos?

Certo é que Montesquieu não adotou uma separação tão rígida e inflexível entre as atribuições de cada um dos órgãos de soberania estatal. Nos dizeres de Ingeborg Maus, Montesquieu trabalha com uma separação pré-moderna de poderes, onde o que se

constitucionalismo moderno. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Riera. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 25). A previsão do direito em documentos possibilita a inclusão do pensamento político nas mais diversas searas humanas, de forma a se poder prescrever o tipo ideal de pensamento da realidade política para o presente. Neste sentido Eduardo Lopes Figueiredo: “Se é certo que, entre os processos racionalizadores das ações sociais se colocam as relações jurídicas, sendo que a codificação veio a tornar-se sua marcante expressão, certo é também que, como sabido, essa tese tornou-se método que ilustra toda uma transformação, ou de modo mais ampliado, que esta também amplia teorias não se limitando à vida material, mas perpassando o espiritual para atingir as mais recônditas conformações humanas, que, por sua vez, se refletem no cotidiano, nas instituições, na configuração do presente, isso segundo incontornável complexidade histórica que não pode ser olvidada” (FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. História, Direito e sociedade: A captura histórica do Direito – itinerários de metodologia e interpretação. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 14-15).

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ É pertinente, aqui, a crítica que Manuel Hespanha desfez contra uma leitura da historiografia que desconsidera que o jurista não se apropria neutramente do passado histórico do direito, mas o faz segundo sua própria leitura. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Lisboa: Editora Europa-América, 2003. *passim*. p.39-44).

separa é a própria soberania¹⁰⁹. Montesquieu, segundo a autora, adota uma separação segmentária e não de divisão funcional do trabalho entre legislativo e executivo. Estes poderes atuam no mesmo plano funcional da legislação. Não há, pois, uma separação vertical, tal como a ocorrida pelo sistema parlamentarista em que a soberania popular atua como estrutura de controle que ocorre de baixo para cima.

Em verdade, Montesquieu separa os poderes Legislativo e Executivo no mesmo âmbito funcional da legislação, onde cada qual deteria parcelas da soberania, assegurando, deste modo, que um limitaria o outro, mantendo-se dentro de certos limites¹¹⁰.

É preciso, então, ver como a soberania foi ditada na modernidade, como houve a separação na teoria dos poderes, para então ver quem poderá produzir a “verdade”. Ou, será que há mesmo um único produtor da verdade?

Há uma intensa relação entre poder, direito e verdade, de tal modo que

[...] somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar; temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la. O poder não para de questionar, de nos questionar; não pára de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir as riquezas, e temos de produzir a verdade para poder produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de relações de poder. Portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade¹¹¹.

A questão, portanto, é que o discurso que decidirá o cotidiano das pessoas será o produtor de poder e que deve ou deveria assumir a característica de incontestabilidade. Quem deverá, pois, decidir como viver, como se comportar e, até, como morrer? Será, pois, atribuição de algum dos poderes modernos? Qual, dentre eles, será o capacitado para decidir o destino das pessoas?

¹⁰⁹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 199.

¹¹⁰ MAUS, Ingeborg. *Ibidem*. p. 198-199. Nas palavras do próprio Montesquieu: “Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo” (MONTESSQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p. 173).

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 29.

Em real verdade, a questão do poder deixa de ser uma mera coação material para ser a coação discursiva da verdade. E, nesta medida, a questão da separação de poderes ganha formas ainda mais problemáticas. É que a prática discursiva deve estar circunscrita de acordo com as atribuições de cada um dos poderes.

2.1. Do poder no medievo ao poder na modernidade

A capacidade de alguém ter submetida a sua própria vontade à vontade alheia é o que caracteriza o poder¹¹². Simples ver que desde as mais tenras eras este existiu de modo mais ou menos organizado conforme a estrutura social que o manifestava. Desde as sociedades mais primitivas, formadas por laços de consanguinidade, é possível verificar a existência de um poder social. Resultado disso é que se pode verificar a existência de um poder de coação, pode-se também concordar que havia direito, mesmo nas sociedades primitivas¹¹³.

Há, então, uma relação íntima entre poder social, Direito e Estado já que:

Costuma dizer-se que o direito é um conjunto de normas que rege a vida em sociedade. Nesta regulação da vida social, o direito coexiste, no entanto, com outros complexos de normas, como – nas modernas sociedades ocidentais – a religião, a moral, os costumes, as normas técnicas, as boas práticas e as próprias leis da natureza. Tradicionalmente, a distinção entre o direito e a generalidade destes outros complexos normativos era feita recorrendo à característica da coercibilidade, ou seja, ao facto de o direito ser virtualmente imposto pela força do Estado¹¹⁴.

¹¹² “Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUALINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 933).

¹¹³ “[...] nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais. A sanção assume um carácter tanto repressivo quanto restritivo, na medida em que é aplicado um castigo ao responsável pelo dano e uma reparação à pessoa injuriada. Para além do formalismo e do ritualismo, o direito arcaico manifesta-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de fórmulas, através dos atos simbólicos, das palavras sagradas, dos gestos solenes e da força dos rituais desejados” (WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In: *Fundamentos da História do Direito*. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3).

¹¹⁴ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 39-40.

Esta ideia liga a existência do Direito com o projeto da modernidade do monismo jurídico¹¹⁵, na qual o Estado seria a única e legítima fonte do Direito. Não há nenhuma novidade na constatação da existência de Direito em sociedades arcaicas, mesmo em sendo unânime que não havia um Estado tal qual a modernidade nos legou já que a centralização do poder nas mãos do soberano é invenção do projeto moderno.

O que importa refletir é se o poder e, por conseguinte, o Direito, na era medieval, era autoritário, no sentido de alijamento da participação dos submetidos ao poder, ou, ainda, democrático, no sentido de que remanesceria para os súditos uma pequena participação na formação da vontade política por mais que tal participação seja de pequena monta.

Segundo Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, a sociedade medieval caracterizava-se por três elementos:

“A- O cristianismo – base da aspiração à universalidade, isto é, a ideia do Estado universal baseado na aspiração a que toda a humanidade se tornasse cristã. Dois fatores, porém, influem nestes planos, a saber: 1º) a multiplicidade de centros de poder e 2º) recusa do Imperador em submeter-se à autoridade da Igreja. B- As invasões bárbaras – que propiciaram profundas transformações na ordem estabelecida, sendo que os povos invasores estimularam as regiões invadidas a se afirmar como unidades políticas independentes. Percebe-se, pois, que no Medieval a ordem era bastante precária, pelo abandono de padrões tradicionais, constante situação de guerra, indefinição de fronteiras políticas, etc. C- O feudalismo – desenvolve-se sob um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial. Ocorre, principalmente, por três institutos jurídicos: 1º) vassalagem (os proprietários menos poderosos a serviço do senhor feudal em troca da proteção deste); 2º) benefício (contrato entre o senhor feudal e o chefe de família que não tivesse patrimônio, sendo que o servo recebia uma porção de terras para cultivo e era tratado como parte inseparável da gleba); 3º) imunidade (isenção de tributos às terras sujeitas ao benefício)¹¹⁶.”

Todo o edifício jurídico estava apontado para o rei, figura régia e central da sociedade. Em torno desta figura e dos limites de seu poder é que se extrai a legitimidade do aparelho de poder¹¹⁷. Apesar de esta sociedade apontar para o rei como forma de dominação, esta não era exclusiva¹¹⁸ do poder régio. Todo o corpo social era

¹¹⁵ “[...] dir-se-ia que a íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina do monismo. Tal concepção atribui ao Estado moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 46).

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 24.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: ob. cit. p. 32.

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Ibidem*. p. 31-32.

regido por um complexo de sujeições. Desde os ofícios dos súditos até as relações nobiliárquicas.

De acordo com a opinião comum, se é a sociedade medieval, então, uma sociedade fragmentada, com várias relações de poder e sujeições, sem um único poder central, então também deveria ser verdade, por outro lado, que não haveria soberania e nem direito. Ocorre, contudo, que esta ideia de soberania é uma ideia moderna que advém das lições de Jean Bodin que buscava afastar a existência de outros poderes exatamente para consolidar a monarquia francesa e seu projeto Absolutista¹¹⁹.

A representação da soberania na sociedade medieval é feita por duas imagens que dela resultam, uma negativa e outra positiva:

O primeiro e principal significado é eficazmente condensado pela imagem (compartilhada pelos dois discursos da soberania) do juiz supremo: que é supremo enquanto julga sem poder, por sua vez, ser julgado. Se *iusdictio* é poder, a cadeia das *iusdictiones* se interrompe para o alto, onde seu titular não está submetido a um poder (a uma *iusdictio*) superior: não é, justamente, julgável. O absolutismo do poder supremo significa então a sua subtração a uma superior instância de juízo: tem portanto uma valência essencialmente negativa. O lado positivo do poder supremo pode ser, se tanto, reconhecido procedendo de cima para baixo: o poder supremo, o poder que não pode ser julgado, desdobra-se positivamente no poder julgar todos os outros anéis da cadeia. Justamente por isso, o soberano é titular de um poder cuja extensão é a máxima imaginável, visto que nenhuma outra *iusdictio* tem uma extensão comparável à sua¹²⁰.

O poder e a soberania no medievo são a própria possibilidade de julgar sem ser julgado, não, porém, a possibilidade de romper com o Direito já existente. A ideia da soberania medieval é da existência de uma ordem já dada, onde o legislador apenas a encontra

[...] qualquer que seja a atenção que um ou outro autor dedicam ao soberano legislador, em cada caso a sua atividade de legislador não pode ser concebida senão em relação a uma ordem que a lei não cria, mas encontra. É a idéia de uma ordem já dada, não construída, mas encontrada, inscrita na própria natureza dos homens e das coisas, que induz a privilegiar o momento juiz do poder e a reforçar a imagem do rei-juiz, que declara um direito que já existe. E que as normas existam antes e independentemente da estatuição soberana, que a ordem político-social se ampare em uma urdidura de poderes, de hierarquias, de normas consolidadas, pactuais, consuetudinárias, mas de

¹¹⁹ SOARES, Mario Lucio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 51.

¹²⁰ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaio de historia do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 121.

qualquer modo não atribuíveis à precisa vontade de um poderoso é uma convicção sufragada pela efetiva organização da sociedade medieval¹²¹.

O que o poder fez na modernidade foi exatamente um pleno monopólio da ordem jurídica, em que onde apenas o Estado, enquanto estrutura total passou a reger a sociedade, através do Direito. Todas as outras ordens que regiam a sociedade medieval, com o advento da modernidade e o projeto teórico de Jean Bodin, foram deixadas de lado¹²². O Direito passou a ser regulado por um único poder e estabelecido de cima para baixo:

O poder político, transformado cada vez mais – no curso da era moderna – num Estado, isto é, numa entidade totalizante tendente a controlar toda manifestação do social, mostrou um crescente interesse pelo direito, nele reconhecendo com extrema lucidez um precioso cimento da sua própria estrutura; interesse tão crescente a ponto de se chegar, ao fim do século XVIII, em uma forte negação à secular situação conservada até o desenlace do antigo regime, à plena monopolização da dimensão jurídica¹²³.

O monismo jurídico é, portanto, o projeto de uma sociedade burguesa que visa centralizar a produção das regras de comportamento exatamente para padronizar condutas e formas de vida¹²⁴, excluindo outras formas de manifestação do Direito¹²⁵. Tal fato é tão profundo no imaginário dos juristas que leva a Hespanha a advertir que

[...] a maior parte dos juristas, bem como dos leigos, partem do princípio de que o direito está irredutivelmente ligado ao modernismo, tão profundo é o esquecimento a que foram votadas as mais antigas concepções sobre a ordem

¹²¹ COSTA, Pietro. *Ibidem*. p. 121-122.

¹²² Segundo Antonio Manuel Hespanha, o Direito não podia ser o padrão definitivo de julgamento e de justiça “[...] a flexibilidade jurídica era, além disso, o resultado da ideia de que, inscrito num conjunto entrelaçado de ordens, o território do direito era como um jardim suspenso, a meio caminho entre o paraíso e a crua realidade. **As normas jurídicas, as máximas doutrinárias do direito e a justiça estabeleciam padrões de vida. Normalmente funcionavam bem. Mas não eram o padrão definitivo**” (HESPANHA, Antonio Manuel. *A Política Perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 247) (negrito nosso).

¹²³ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

¹²⁴ Em outra oportunidade criticamos a modernidade nos seguintes termos: “A modernidade ou o processo de modernização é um projeto que encobre o diferente, exatamente por considerá-lo “inferior”, incivilizado, ou seja, a dominação cultural o faz se tornar igual ao europeu. A padronização dos valores, culturas, tendo como parâmetro aqueles compartilhados no velho continente traz consigo uma forma de violência que busca fazer o povo autóctone perder sua identidade construída desde longos tempos” (BACHA E SILVA, Diogo. *Modernidade e a exclusão indigenista: ideologia e autopoiese no Estado nacional*. *Forum Administrativo-FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 131, p. 44-51, jan. 2012. p. 46).

¹²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *O Direito nas Sociedades Primitivas*. *ob. cit.* p. 25.

social e tão inevitável parece ser hoje a identificação entre direito (hoje lei) e Estado¹²⁶.

Isto levaria a pensar que, como o poder no medievo tinha seu cume máximo em uma autoridade natural ou divina, o Direito e a sociedade de então eram autoritários. Não é, entretanto, esta a representação correta da ordem jurídica medieval. O soberano só poderia agir de acordo com uma ordem já dada:

A cultura medieval não ignora a tensão entre o direito e o poder nem exclui a hipótese de um poder que rompe todos os limites e se identifica com a vontade irresistível do seu detentor. Esta hipótese porém é imaginável somente como uma provisória perversão (que induz o salisberiano a ver no tirano uma “*Luciferiance pravitatis imago*”). O poder não pode estar “nu”, não pode ser “infundado”, privado do suporte de uma ordem intangível e já dada. A legitimidade do poder coincide com o seu ser momento da ordem diferenciada e hierárquica, o momento culminante. Posto no vértice da ordem, o soberano, de todo modo, pertence a ela e só pode agir no âmbito por ela determinado¹²⁷.

É nos obrigado a perceber que a ordem jurídica medieval não era absoluta e autoritária como alguns querem fazer crer. Somente com Jean Bodin, e, portanto, sua inversão no conceito de soberania¹²⁸, para legitimar um projeto político nascente, é que o Direito e o Poder tornar-se-ão absolutos.

Mesmo vendo a ordem como uma relação entre sujeitos assimétricos,

o soberano não é mais, como para o jurista medieval, o mero fundamento de validade do sistema normativo. A soberania começa a perfilar-se como uma condição indispensável à ordem. A pluralidade se transforma em unidade apenas graças à intervenção determinante do poder soberano¹²⁹.

Ou seja, “a soberania cessa de ser um simples termo de passagem com vistas à representação da ordem para se tornar o lugar de um poder efetivo”¹³⁰. O poder, portanto, de criar o Direito, por consectário natural, o poder de ditar condutas, é o que visa à modernidade. Não há limites a este poder depois do projeto de Jean Bodin, já que não se pode falar que um poder que cria algo a partir do nada encontra limites onde quer que seja:

¹²⁶ HESPANHA, Antonio Manuel.. *A Política Perdida: ordem e governo antes da modernidade: Ob. Cit.* p. 243.

¹²⁷ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaio de historia do pensamento juridico.* ob cit. p. 124.

¹²⁸ COSTA, Pietro. *Ibidem.* p. 134.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem*

Absolutamente distinto de cada outro sujeito, o soberano dispõe de um poder irresistível. Caída a idéia de uma ordem já dada, reconduzida a ordem à soberania, esta última repete em si mesma aquela irrefreável absolutez que caracterizava o poder natural de cada indivíduo no estado de natureza. Falar de um poder soberano e conjecturar limites ao seu exercício parece uma contradição em termos: se alguma coisa limita o soberano, o poder deste último se torna vão¹³¹.

O direito não era criado a partir do nada, por obra da vontade do soberano. O direito era algo já dado que, em certo sentido, deveria ser desenvolvido pelos julgamentos. Julgamentos estes que só ocorriam de acordo com as especificidades ou classes a que pertenciam os indivíduos.

A passagem da sociedade medieval para a modernidade com a criação de um ente soberano passou a ser problemática. Este ente passou a criar uma ordem sem encontrar limites. O absolutismo estatal reinante no século XVI é exemplo clássico de que o poder e a ordem são ditados por quem cria o Direito. E quem criaria este Direito na ordem jurídica moderna?

2.2.O legado de Montesquieu para o Estado Moderno: diferenciação funcional dos poderes estatais

Coube, então, a Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, em 1748, a formulação de um projeto teórico na tentativa de limitar o poder do Absolutismo, através de uma técnica de divisão de poderes, em seu clássico *Do Espírito das Leis*, Capítulo VI, do Livro Décimo Primeiro, em que ele analisa a Constituição Inglesa¹³².

Sabe-se, de outro lado, que ele não foi o primeiro a vislumbrar tal técnica. John Locke, no seu Segundo Tratado sobre o Governo, capítulo XII, já havia previsto existência dos poderes legislativos, executivo e federativo¹³³, ainda que Locke não tenha vislumbrado a separação de poderes como forma de limitar a soberania do poder estatal.

¹³¹ COSTA, Pietro. *Ibidem*. p. 136.

¹³² MONTESSQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 164.

¹³³ Para Locke o poder legislativo teria como função o poder de elaborar as leis que regeriam a sociedade. Como esta tarefa duraria um curto prazo, referido poder não precisaria estar constantemente reunido. Já, o poder federativo teria uma função extracomunitária de fazer “guerra e paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade”. O poder executivo teria a incumbência de resolver as controvérsias entre os membros desta comunidade. Estes dois últimos poderes deveriam ser reunidos em uma só pessoa (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad.

O fundamento da separação de poderes para Montesquieu está descrito em dois capítulos antes do capítulo dedicado à análise da Constituição Inglesa, em que ele afirma: “[...] a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele”¹³⁴. Para Montesquieu se o exercício do poder fosse separado entre órgãos e pessoas diversas o abuso não ocorreria.

Vai ele, então, dividir o poder em três espécies: legislativo, executivo do direito das gentes e executivo do direito civil, seguindo uma divisão iniciada em Locke:

Pelo poder legislativo “[...] o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas”¹³⁵. Pelo poder executivo que depende dos direito das gentes (executivo de quem depende os direitos das pessoas), incumbe “determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões”¹³⁶. Já pelo poder executivo do direito civil, “pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos”¹³⁷. Como diz Montesquieu, “chamaremos este último o poder de julgar, e o outro chamaremos, simplesmente, o poder executivo do Estado”¹³⁸.

Montesquieu estabelece uma tentativa teórica de divisão dos poderes soberanos para evitar o abuso promovido pela reunião de todos eles em torno de uma única figura central:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo, de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder do executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor¹³⁹.

Somente com uma divisão entre as funções da soberania poderia haver exercício do poder soberano de forma a encontrar respaldo na sociedade

Assim, o poder do Estado, para que não se torne abusivo, tem que ser dividido e distribuído de tal sorte que a independência recíproca e especialização numa das funções básicas dos que contam com frações da

Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 106-107) Vale referir que a presente obra foi publicada em 1690, bem antes, portanto de Montesquieu.

¹³⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. ob. cit. p. 164.

¹³⁵ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. ob. cit. p. 165.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. ob. cit. p. 165-166.

¹³⁹ MONTESQUIEU. *Ibidem*. p. 166.

soberania, impeça que qualquer um possa oprimir a quem quer que seja. O poder, portanto, se divide em poderes que são, em última análise, órgãos independentes e relativamente especializados do Estado¹⁴⁰.

Como ressalta o próprio Montesquieu: “tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas particulares”¹⁴¹

Veja-se, que Montesquieu utiliza a palavra poder por esta representar uma divisão da sociedade subjacente à teoria da separação de poderes entre três forças: rei, nobreza e povo¹⁴². Esta relação de forças na sociedade de sua época está representada na sua teoria de divisão dos poderes. Ocorre, contudo, que, assim como na sociedade, não há um equilíbrio perfeito entre os poderes.

Montesquieu mesmo trata de desmentir uma separação rígida e absoluta entre os poderes ao dizer que “o poder executivo, conforme dissemos, deve tomar parte na legislação por meio de seu direito de veto, sem o que logo ficaria despojado de suas prerrogativas”¹⁴³.

O que o teórico pretende é criar um sistema em que cada um dos poderes controle o exercício das funções exercidas pelo outro. Um sistema mais tarde conhecido como *checks and balances*:

Se o poder executivo não tem o direito de controlar os empreendimentos do corpo legislativo, este tornar-se-á despótico, pois, como pode atribuir a si todo o poder que pode imaginar, destruirá todos os outros poderes. Contudo, se em um Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de cercear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que modo as leis que ele promulgou foram executadas¹⁴⁴.

É bem verdade, entretanto, que a distinção entre os poderes para Montesquieu apresenta uma característica pré-moderna e uma moderna. Segundo Ingebor Maus, a divisão estabelecida entre legislação e executivo em Montesquieu foi feita de modo apenas segmentário, apenas com o efeito de se dividir entre pessoas diferentes. Não havia uma divisão funcional do trabalho:

¹⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 109-110.

¹⁴¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*: ob.cit. p. 166.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. ob. cit. p. 110.

¹⁴³ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*: ob. cit. P. 173.

¹⁴⁴ MONTESQUIEU. *Ibidem*. p. 171.

O legislativo e o executivo não são especificados com divisão do trabalho, mas comprometidos com a cooperação no mesmo âmbito funcional da legislação, de modo que, nesse aspecto, sua diferenciação não vai além da justaposição de segmentos idênticos que organizam, pura e simplesmente, a segregação de seus membros contra outros segmentos¹⁴⁵.

Colocar o poder executivo no mesmo plano do poder legislativo equivale dizer que não se supera o período da pré-modernidade, ou seja, quando não havia uma divisão funcional do trabalho.

O outro aspecto, qual seja, da presença de traços modernos no sistema de separação previsto em Montesquieu é, exatamente, a necessidade do próprio poder colocar limites em si mesmo. Ou seja, estabelecida a divisão funcional da soberania, esta tenderia a colocar limites em si próprio:

O conhecido princípio fundamental do sistema montesquiano da separação dos poderes transcorre exatamente na direção contrária desse sistema vertical de controle, pois ele não separa realmente (segmentariamente) os poderes, mas a soberania: no que os poderes separados unicamente de forma pessoal trabalham no mesmo âmbito funcional da legislação, concorrendo, assim, uns com os outros como fatores de poder parcialmente soberanos, eles se mantêm mutuamente dentro de certos limites.[...] É precisamente essa institucionalização horizontal de *checks and balances* [verificações e balanços] que hoje é considerada o sistema da divisão dos poderes pura e simplesmente¹⁴⁶.

Se os poderes legislativo e o executivo têm sua especificação pré-moderna na obra de Montesquieu, o mesmo não ocorre com o poder judiciário. Sua caracterização do poder de julgar como autômato aplicador da lei¹⁴⁷, garante a este uma específica divisão funcional, conforme as lições de Ingeborg Maus:

De forma muito moderna, Montesquieu define a posição do Judiciário de acordo com seu modo de funcionamento, reconhece a dependência desse modo de funcionamento do método da jurisdição e dirige a esta exigências que colocam fundamentalmente em dúvida a práxis das sociedades medievais em deixar, sobretudo a cargo dos tribunais, a criação e evolução (apócrifas) do direito [...]. A diferenciação precisa do Judiciário, na divisão dos poderes, é determinada em Montesquieu de forma funcional: a justiça é um poder

¹⁴⁵ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. ob. cit. p. 198.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 199.

¹⁴⁷ Montesquieu vai afirmar a clássica definição como juiz *bouché de la loi*, ou seja, aquele julgador que deve apenas expressar o sentido exato do ato emanado do legislador: “[...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representassem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos” (MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. p. 167-168). E mais, “os juízes da nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor” (MONTESQUIEU. Ibidem. p. 172).

distinto por ter exclusivamente tarefas de aplicação do direito, mas não de criação¹⁴⁸.

O constitucionalismo oitocentista, como movimento de limitação do poder, adota a teoria de Montesquieu em todos os seus processos constitucionais¹⁴⁹. No plano teórico, portanto, estaria garantida a divisão dos poderes e, por consequência, os limites ao poder do Estado. Nem mesmo o legislador como órgão de criação originário do direito poderia alterar ou modificar a divisão de poderes estabelecida em uma Constituição, já que esta seria “[...] um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer”¹⁵⁰.

A separação foi estabelecida no plano teórico. Contudo, como todo poder tende a estender-se até onde encontre limites, o principal é descobrir meios práticos que façam com que cada um possa manter-se dentro dos padrões constitucionalmente fixados ou estabelecidos pelo povo quem é o verdadeiro detentor do poder. Esta também foi a preocupação de Hamilton, Madison e Jay quando da formulação da Constituição norte-americana de 1787:

É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três principais poderes, não deve exercitar diretamente e em toda a sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teoria os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas. Tal é o problema que se trata de resolver¹⁵¹.

E o problema prático é de muito maior gravidade. Uma vez estabelecida na Constituição de um país as divisões entre os poderes, estes tendem sempre a ultrapassar as barreiras que lhe foram impostas. Isto se deve, sobretudo, porque os investidos nestes mesmos poderes utilizarem-se de, como diz Jürgen Habermas, ações estratégicas, que retomando o conceito de ação instrumental de Max Weber, vai ser definido como:

¹⁴⁸ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. ob.cit.. p. 200.

¹⁴⁹ Primeiro, é de se falar que existem vários constitucionalismos e não somente um único movimento. Mas, o que os une é, conforme Canotilho, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, sendo constitucionalismo, para este autor, “[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51)

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e Democracia*. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer manuscrito do original publicado no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, 1995. p. 2.

¹⁵¹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveria. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 305.

El resultado de la acción depende también de otros actores, cada uno de los cuales se orienta a la consecución de su propio éxito, y sólo se comporta cooperativamente en la medida en que ello encaja en su cálculo egocéntrico de utilidades. Los sujetos que actúan estratégicamente tienen, pues, que estar pertrechados cognitivamente de modo que para ellos no solamente puedan presentarse en el mundo objetos físicos, sino también sistemas que toman decisiones¹⁵².

Ação estratégica ocorre quando alguém age de forma teleológica (visando fins), mas considerando que outros atores também agem dessa forma¹⁵³. Ou seja, os poderes, uma vez estabelecidas suas funções, buscarão a consecução de seus objetivos, fins eleitos, de acordo com o meio que melhor lhes aprouver.

Ainda, tem-se que a aplicação da teoria da separação de poderes tal como pela leitura que em geral se faz da obra de Montesquieu desconsidera que esta teoria transpôs-se para um regime presidencialista, não analisado em sua teorização original, bem como que a sociedade na qual Montesquieu lança seu olhar é infinitamente menos complexa que a atual¹⁵⁴.

De forma que se o núcleo de sua proposta teórica é a limitação do poder, sem uma cooperação intersubjetiva entre os poderes dificilmente o projeto de Montesquieu será levado a cabo.

E mais, sabe-se, desde ao menos Hans Kelsen que a aplicação do direito é um processo dinâmico em que sua construção não se esgota em um ato. Como explica Kelsen logo no intróito do capítulo VIII de seu Teoria Pura do Direito, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um inferior”¹⁵⁵.

A construção do direito, assim, não seria fruto de um processo estanque entre poderes separados, mas sim de um processo cooperativo entre eles até a concreção individual da norma¹⁵⁶. Como diz Karl Larenz, referindo-se ao projeto kelseniano de interpretação jurídica, aplicando-se o direito, produz-se o Direito¹⁵⁷.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999. p. 125-126.

¹⁵³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 32-33.

¹⁵⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel(orgs.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 589.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 387.

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. ob.cit.

¹⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª edição. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 104.

2.3.A distinção entre legislação e jurisdição como base da autonomização do sistema jurídico moderno.

É corriqueira a afirmação de que cada um dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem funções típicas e atípicas. Tipicamente caberia ao Legislativo elaborar leis, mas atipicamente julgar e administrar. Do mesmo modo, ao Judiciário caberia julgar, mas de modo atípico elaborar normas e administrar. Igualmente, ao Executivo caberia tipicamente administrar, porém de modo atípico julgar e elaborar normas. Dessa forma, cada um dos poderes exerceria a função para o qual foi criado.

O que se quer dizer é que o princípio da separação de poderes, que se transformou em uma *ratio essendi* do Estado Constitucional¹⁵⁸, não pode ser visto de forma rígida. Este princípio que atravessa séculos de existência tem uma função peculiar no Direito. Foi ele que garantiu a configuração do sistema jurídico moderno, ou seja, foi ele o responsável por garantir a autonomia do Direito.

A sociedade, para Luhmann, traduz-se em diversas formas de comunicação funcionalmente diferenciadas, onde cada sistema/função seria dotado de cláusula operativa e de autopoiese¹⁵⁹. O fechamento operativo do sistema é que permitirá a diferenciação entre ambiente e entorno, que só é permitida a partir do interior do próprio sistema¹⁶⁰:

Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo, para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué el lo pertenece al sistema y qué al entorno¹⁶¹.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit.. p. 555.

¹⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequencia*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009. p. 71.

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 101-102.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. 2ª Ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005. p. 99.

Ou seja, o sistema operará com a definição de Spencer-Brown de “*re-entry into the form*”¹⁶², fórmula pela “qual o sistema opera do lado interno da forma; produz operações somente em si mesmo, e não no outro lado da forma”¹⁶³. A reentrada da forma pela forma utiliza duas distinções como se fosse uma só¹⁶⁴.

O conceito de autopoiese, Luhmann retoma dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Gustavo Varela, para incluir em sua análise sistêmica da sociedade. Para estes, a estrutura da organização dos seres vivos é que conferem unidade de sentido, já que estes se constituem a partir de si mesmo¹⁶⁵. Autopoiese tem, em conjunto com a noção de encerramento operativo, o propósito de permitir ao sistema que produza operações dentro de suas próprias operações¹⁶⁶, fazendo com que o sistema opere comunicações referindo-se, ao mesmo tempo, a si mesmo e a seu ambiente:

Os sistemas são autônomos no nível das operações. A categorização da *autopoiesis* assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente¹⁶⁷.

Nesta medida que o sentido só irá se relacionar com o sentido e só poderá alterar-se mediante a produção de sentido. O sentido de um sistema é construído a partir da operação de distinção que o sistema faz de si mesmo e do seu entorno. Isto que faz com que Luhmann trabalhe com a noção de sistema aberto onde este pode, ademais de ser autorreferente, receber influências cognitivas do ambiente:

[...] a heterorreferência é a operação através da qual um sistema estabelece a sua abertura cognitiva para o seu ambiente. Enquanto a autorreferência é a operação que conecta o sistema às suas próprias operações e estruturas, a

¹⁶² SPENCER-BROWN. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. P. 102.

¹⁶⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. ob.cit. . p. 76.

¹⁶⁵ Segundo a dicção dos biólogos, “Possuir uma organização, evidentemente, é próprio não só dos seres vivos, mas de todas as coisas que podemos analisar como sistemas. No entanto, o que os distingue é sua organização ser tal que seu único produto são eles mesmos, inexistindo separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e esse constitui seu modo específico de organização” (MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.p. 89).

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 119.

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Ibidem*. p. 120.

heterorreferência constitui a abertura do sistema às informações e influências do ambiente, que no caso do direito, é a própria sociedade como um todo¹⁶⁸.

É na aquisição própria de sentido no mundo que o Direito ganhará autonomia. Está atrelado, pois, ao problema de conquistar sentido no universo, seja quanto à perspectiva de sua funcionalidade em toda sociedade, seja também em sua perspectiva do homem em concreto. Sua integração no universo humano, portanto, só será infirmada a partir de seu sentido próprio¹⁶⁹.

A verificação da autonomia, mais do que qualquer querela acadêmica, representa sem dúvida uma análise com importantes funções para o universo humano. Sem autonomia, a sociedade poderia muito bem existir sem um direito. Também é a autonomia do direito que permitirá as minorias políticas opor-se às pretensões da maioria dominante¹⁷⁰.

O direito enquanto subsistema social somente adquire autonomia com seu código de comunicação próprio, com a observação através da diferença entre direito/não-direito. Tal ocorrerá a partir do fechamento operacional através da positividade, isto é, um centro de referência decisório que significa a validade e a referência para novas operações dentro do mesmo sistema¹⁷¹.

A positivação do direito transforma-se, então, em uma decisão. E toda decisão é uma operação de distinção e indicação¹⁷². A decisão de positivizar é a transformação do

¹⁶⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 83.

¹⁶⁹ Neste sentido NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que Sentido? o problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011. p. 19-21.

¹⁷⁰ Segundo Rafael Simioni, “[...] se o direito não for concebido como uma dimensão autônoma da cultura e da experiência humana e social da nossa comunidade, então ele não é nem importante, tampouco necessário para a sociedade. E mais: um direito sem autonomia perde uma das mais importantes conquistas civilizatórias da sociedade, que é a possibilidade ele se constituir como uma regra contramajoritária, quer dizer, a possibilidade de o direito constituir-se na experiência política como um critério importante para se opor inclusive às opiniões das maiorias democráticas. E não é só: um direito sem autonomia não é mais direito, pois aí já não haveria nenhuma diferença entre os critérios jurídicos para a solução de problemas concretos e os demais critérios políticos, econômicos, organizacionais etc. Um direito sem autonomia não é mais que um instrumento ou um programa estratégico carente de critérios para julgar a validade, a legitimidade e a correção – ou justiça, se assim se quiser – das nossas práticas sociais” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÓNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 147).

¹⁷¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequencia*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009. p. 80.

¹⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Ibidem*. p. 70.

código de comunicação próprio para questões jurídicas e não jurídicas¹⁷³, fazendo assim uma diferença entre direito e não direito.

Com a Constituição há um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político¹⁷⁴. A Constituição transforma conteúdos próprios de poder em conteúdos jurídicos permitindo assim o fechamento do sistema jurídico na Constituição escrita¹⁷⁵. Ou, segundo as palavras de Luhmann, “a Constituição rompe com o regresso infinito da fundação – pelo menos no que se refere ao próprio sistema jurídico”¹⁷⁶.

A Constituição vai permitir diferenciar entre os centros produtores de decisão. De um lado estão os Tribunais, como produtores de decisões jurídicas, utilizando o código direito/não-direito, de outro, estão o Executivo e o Legislativo como centros produtores de decisões políticas, utilizando o código poder/não-poder:

Para o sistema do direito, a organização que desempenha essa função de centro de tomada de decisões jurídicas- e portanto de atualização do sistema jurídico – são os tribunais. Já para a política, as organizações são o Governo, o Legislativo e as demais entidades de administração pública. A economia, por outro lado, tem os bancos centrais como organizações centrais da atualização do sistema econômico. Do mesmo modo, as escolas e universidades para a educação, os centros de pesquisa (universitários ou não) para a ciência, as Igrejas para a religião etc. Cada sistema social autopoietico produz também seus sistemas de organização centrais para desempenhar a atualização de suas operações de decisão/reprodução do próprio sistema¹⁷⁷.

A separação de poderes possibilitou ao Direito um ganho de autonomia. Ou seja, a partir do momento em que há um centro produtor de decisões que jogam com o código direito/não-direito, o Direito ganha autonomia e possibilidade de se reproduzir

A posição dos Tribunais no sistema jurídico é determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição. Os tribunais são um lado dessa distinção; do outro lado encontramos a legislação. A própria distinção é vista como um instrumento de autodisciplina do sistema jurídico, com base em uma tradição que remonta à antiguidade. Ela impede que todas as questões jurídicas sejam decididas a partir de um ponto, a partir

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. ob.cit. p. 93-94.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et alli. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.) p. 10.

¹⁷⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 17.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et alli. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), p. 12.

¹⁷⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. ob.cit. p. 73.

de um centro, que poderia servir simultaneamente de ponto de interferência a interesses sociais¹⁷⁸.

Assim, cada uma das funções seria interdependente uma da outra, o que possibilitaria a interpenetração das funções, desde que resguardado o núcleo essencial de cada uma delas¹⁷⁹. Essas funções seriam distribuídas em estruturas orgânicas funcionalmente adequadas para cada uma delas¹⁸⁰. É de se frisar, contudo, que não corresponde apenas a uma divisão de trabalho.

A separação é feita tendo em vista o próprio sistema jurídico. A partir da complexidade que a própria sociedade chega, cada um dos subsistemas sociais adquire autonomia com sua própria organização. Com isto não se quer dizer, contudo, que a separação é feita no plano organizacional. A separação é feita exatamente para configurar o interior do sistema jurídico:

[...] justifica-se na prática a distinção importante do ponto de vista da estrutura da sociedade, que vê no sistema social (funcionalmente diferenciado) de organizações um tipo completamente diferente de sistemas sociais. Nesse caso as organizações que **interagem segundo a divisão de trabalho cumprem as suas respectivas funções. Mas a função da distinção entre legislação e jurisprudência não se localiza no plano organizacional: ela se localiza no sistema jurídico da sociedade. Assim o paradoxo da unidade do que é distinguido se dissolve: do ponto de vista organizacional o fato da distinção vale como pressuposto da especificação de tarefas. Do ponto de vista social distinção vale como unidade, como forma. Ela fornece, na sua ação conjunta com outras distinções, sobretudo nas distinções entre codificação binária e programação, igualmente, na diferença entre Direito e não-Direito, por um lado, e normas jurídico-positivas, de outro lado, o pressuposto para que o próprio sistema jurídico se possa diferenciar do seu mundo circundante e para que ele possa, enquanto sistema operativamente fechado, reproduzir suas próprias operações através da rede de operações próprias**¹⁸¹.

Pode-se dizer, então, que a configuração da separação de poderes passou de uma teoria orgânica¹⁸², para uma especialização funcional¹⁸³, até chegarmos a uma

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul. 1990, p. 149-168.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit., p. 551.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ob. cit. p. 552.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. ob. cit. p. 155.

¹⁸² Para Carl Schmitt, a separação de poderes “es el principio orgânico destinado a asegurar, al ponerse em práctica, la moderación y controlabilidad de todos los órganos de poder del Estado” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2009. p. 186).

¹⁸³ Bruce Ackerman defende um novo modelo de separação funcional de acordo com o grau de complexidade da sociedade contemporânea colocando novas atividades do Estado. O autor sugere um alto grau de especialização dos agentes públicos para a proteção dos direitos fundamentais. Critica, então, o modelo de separação que vê apenas na legitimidade democrática o seu funcionamento: “Quando

separação sistêmica dos poderes ou funções do Estado exatamente para configurar a autonomia do Direito. A separação de poderes é que vai permitir a cada órgão ou função trabalhar com o código comunicativo próprio que lhe é inerente: o judiciário deve mover-se em direito/não-direito, ao executivo e legislativo entre poder/ não-poder.

Estabelecida a autonomia do direito pela separação de poderes resta ainda saber de que modo a clássica divisão de poderes pode efetivamente servir ao poder democrático do povo. De que maneira o poder poderá servir a todos que são submetidos aos seus desígnios?

Como se viu a separação de poderes montesquiana adota um modelo horizontal de divisão da soberania dos poderes estatais. A objeção a que se faz é a de que um modelo de separação que adote a soberania popular deve ser feito de forma vertical de baixo para cima, isto é, passando todo o poder para a base social. Assim, o ato de criar direito deve permanecer exclusivamente no povo, separando-se o ato de criação do ato apenas de aplicação do direito que pertenceria à justiça e à administração:

[...] a soberania é idêntica à função da legislação. É exatamente pelo fato de que a soberania, isto é, a legislação, é transferida, na transição para a democracia, do ápice do Estado para a base, enquanto o monopólio do poder permanece na frente executiva, que a execução da soberania popular implica necessariamente a execução da separação de poderes. Destarte, **soberania popular nada mais significa que a legislação compete “indivisamente”, ou seja, exclusivamente ao povo, isto é, aos não funcionários em oposição aos titulares de função pública do monopólio executivo do poder, de modo que toda ação do poder público é controlada e dirigida pela base social.** Assim, o princípio da soberania popular estabelece duas assimetrias contrárias. Uma assimetria, a submissão arriscada de todos os cidadãos ao monopólio estatal do poder, é oposta à outra: a sujeição dos aparelhos estatais à soberania legisladora do povo. Nessas assimetrias já se **encontra fundamentado o fato de que o modelo de separação dos poderes a elas inerente não pode ser um modelo de equilíbrio horizontal de poderes, como em Montesquieu; exige, ao contrário, uma disposição hierárquica vertical dos poderes. Em segundo lugar, como ao povo (ou a seus representantes no órgão legislativo) só compete, porém, o ato legislativo, a separação dos poderes pode ser determinada inteiramente de forma funcional: a soberania indivisa do ato de legislar tem seu “limite” na proibição de regulamentações individuais, as quais recaem exclusivamente sob a competência dos aparelhos de aplicação do direito (executivo e justiça)**¹⁸⁴ (negrito nosso)

considerado como uma teoria da legitimidade democrática, a separação do poder legiferante ao estilo estadunidense, ou seja, entre presidente, câmara e senado parece um tanto quanto frágil. No entanto, quando a separação dos poderes é entendida como uma teoria da especialização funcional, seu potencial adquire considerável relevo” (ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76).

¹⁸⁴ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. ob.cit.p. 209-210.

A separação de poderes é vista atualmente como uma divisão de funções do Estado, uma divisão de funções diferenciadas, em que não existiriam poderes do Estado, já que a soberania exige indivisibilidade, mas funções desempenhadas pelo Estado:

[...] quando se fala de repartição ou separação de poderes o que, em rigor, se recorta em termos de repartição ou separação é a actividade do Estado e não o poder do Estado. O resultado desta divisão não é a existência de vários poderes, mas a existência de funções diferenciadas¹⁸⁵.

A separação de poderes deve ser adotada tendo como base uma hierarquização entre essas funções. Hierarquização que tem em vista a proximidade dos poderes com o poder supremo do povo, ou seja, quanto mais próximo da base mais superioridade caberá ao órgão estatal¹⁸⁶. Este foi, inclusive, o modelo adotado por John Locke ao colocar o legislativo como órgão superior do Estado¹⁸⁷.

É bem verdade, no entanto, que apenas essa afirmativa de que ao legislativo caberia um tom de superioridade aos demais poderes estatais exatamente por estar mais próximo da base de todo o poder (de estar mais próximo da soberania popular) não responde aos anseios aqui tratados. A indagação é mais profunda. Um modelo verticalizado e sem nenhum controle do legislativo traria as mesmas consequências que um modelo horizontal. Uma assimetria entre a vontade soberana do povo e a vontade do Estado.

A soberania popular, mormente em sede de sociedades complexas e plurais, entendida como todo poder que procede do povo, deve ser vista, em termos da teoria do discurso, como todo poder político que emana do poder comunicativo dos cidadãos¹⁸⁸. Os cidadãos se regem por leis que eles mesmos se dão, através de uma formação discursivamente estruturada da opinião e vontade públicas¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ob. cit. p. 551.

¹⁸⁶ MAUS, Ingeborg. *Ibidem*. p. 211.

¹⁸⁷ Segundo Locke, o poder legislativo é órgão supremo que tem como objetivo a preservação da própria comunidade: “Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria natureza, isto é agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram” (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. ob. cit. p. 109).

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2010. p. 238.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. p. 238.

Na medida em que o discurso é que constitui a própria essência do homem, ou seja, aquilo que o faz ser humano¹⁹⁰, o poder encontrar-se-ia não na capacidade de impor sua vontade a outrem, o que caracterizaria violência, mas sim na capacidade de entender-se em uma força geradora de consenso. Apoiado em Hannah Arendt, Habermas vai utilizar-se deste conceito de discurso para definir o que seria poder comunicativo:

El fenómeno básico del poder no es para Hannah Arendt, como para Max Weber, la oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella, sino el potencial de una voluntad común formada en comunicación exenta de coerción. Hannah Arendt contrapone poder (*power*) y violencia (*violence*), es decir, la fuerza generadora de consenso de una comunicación enderezada al entendimiento y la capacidad de instrumentalización de una voluntad ajena para los propios fines de uno.[...] Tal poder comunicativo sólo puede formarse en los espacios públicos no deformados y sólo puede surgir a partir de las estructuras de intersubjetividad no menoscabada de una comunicación no distorsionada¹⁹¹.

O exercício legítimo do poder estatal está, portanto, atrelado ao poder comunicativo dos cidadãos. A soberania popular como limite e organizadora da divisão funcional coloca funções diferenciadas entre os órgãos do Estado.

Por mais que se diga que o ganho de autonomia do direito deu-se a partir da diferenciação funcional entre órgãos que se movem dentro de seus códigos de comunicação próprios, legislativo –poder/não-poder –, judiciário – direito/não direito –, a divisão clássica de poderes só vai permitir reconduzir o poder administrativo ao poder comunicativo, através de uma divisão de argumentações próprias de cada um, em que cada espécie de argumentação cobra uma institucionalização diferente:

Ciertamente, razones pragmáticas sugieren una separación del poder judicial y el poder legislativo, tan pronto como el desarrollo dogmático del derecho y la cientificación de la jurisprudencia tienen por consecuencia una profunda profesionalización de la práctica de las decisiones judiciales. Pero normativamente y en términos de sistemática del derecho han de ser otras razones las decisorias. Por un lado, la diferencia que, en lo tocante a lógica de argumentación, se da entre fundamentación de normas y aplicación de normas, se refleja en las formas de comunicación que representan

¹⁹⁰ Hannah Arendt coloca o discurso ou capacidade de entendimento entre os homens como essência da própria humanidade: “[...] E tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que se possa falar sobre. Poder haver verdades para além do discurso e que podem ser de grande relevância para o homem no singular, isto é, para o homem na medida em que, seja o que for, não é um ser político. Os homens no plural, isto é, os homens na medida em que vivem, se movem e agem neste mundo, só podem experimentar a significação porque podem falar uns com os outros e se fazer entender aos outros e a si mesmos” (ARENDR, Hannah. *Condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2010. p. 5)

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob.cit. p. 215.

respectivamente los discursos de fundamentación y de aplicación, los cuales, por tanto, habían de institucionalizarse de modo distinto¹⁹².

É, sobretudo, a partir da lógica argumentativa entre poder judiciário e poder legislativo que a divisão de poderes ganha ares democráticos, reconduzindo-se ao final à soberania popular.

Neste contexto, o princípio da legalidade deixa claro a divisão de poderes ao submeter também a Administração ao poder comunicativo:

Pero solo el principio de legalidad de la Administración acaba dejando el sentido central de la división de poderes. Allende una diferenciación funcional que se explica por una división del trabajo entre fundamentación de normas y aplicación de normas, división del trabajo que se asienta en la diferente lógica argumentativa de ambas tareas, la diferenciación institucional que se expresa en la constitución de poderes del Estado separados, tiene la finalidad de ligar de tal suerte el poder administrativo al derecho establecido democráticamente, que el poder administrativo sólo pueda regenerarse a partir del poder comunicativo generado en común por los ciudadanos¹⁹³

A lógica imanente da separação de poderes para a teoria do discurso é fazer com que todo o poder material ou poder de coerção seja exercido democraticamente. Para isso, então, há uma divisão da lógica argumentativa pelo qual trabalham poder judiciário e poder legislativo. A um caberia apenas a tarefa de aplicação das normas. Ao outro, contudo, caberia a função fundamentadora das normas. Em seguida, a necessidade de que a Administração se mova dentro da legalidade vincula o exercício do poder de coerção física a um direito democraticamente estabelecido pelos cidadãos através do poder comunicativo.

Portanto, se há um discurso capaz de produzir a verdade que, nos termos foucaultianos, produz o poder que produz o direito, ou, ainda, ao contrário, um discurso que produz o direito que necessariamente é o poder de produzir a verdade, este discurso somente pode ser o poder comunicativo dos cidadãos, o único capaz de produzir poder legítimo¹⁹⁴.

A lógica clássica da divisão de poderes não responde bem, portanto, a questão de saber a qual função do Estado pertencerá o discurso capaz de produzir a verdade. Se houvesse um destes órgãos capaz de produzir a verdade já não poderíamos falar em soberania popular, e sim que a soberania seria localizada em um destes.

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 240.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob.cit. p. 241.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 214.

2.4. Da separação ao diálogo entre as funções

A separação entre essas funções já relatadas se insere numa lógica que operou dentro do constitucionalismo oitocentista, onde o direito fica circunscrito na própria ideia de Estado. Preso, portanto, à noção de soberania estatal, como único órgão produtor do direito, a separação de poderes tal qual concebida por Montesquieu tornou-se um antiquário jurídico impossível de dar soluções às novas relações entre órgãos estatais e destes para com órgãos não institucionalizados internos e órgãos supra-estatais.

Perguntas à teoria jurídica tradicional são suscitadas em função da existência de uma nova ordem internacional, onde a realidade estatal se amalgama com a existência de organizações que, de alguma maneira, pretendem fazer frente ao poder soberano do Estado moderno. Sejam organizações privadas ou organizações internacionais, o fato é que o direito sofre o reflexo de tal problematização.

A primeira questão que sobressai é se há, além da globalização econômica, também uma globalização jurídica¹⁹⁵?

A globalização econômica parece ser um processo irreversível de abertura das relações sociais e econômicas que, de alguma maneira, coloca intensos reflexos na ordem jurídica¹⁹⁶. O direito não é mais confinado nos estritos limites do Estado. O surgimento de ordens jurídicas que ultrapassam as fronteiras estatais e impõem regras de conduta para os diversos setores sociais acabam por erodir a centralidade da Constituição em seu sentido histórico:

¹⁹⁵ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Bari: Editori Laterza, 2007. p. 3.

¹⁹⁶ “A ridurre l’asimmetria tra economia senza confini e diritti nazionali provvedono circa duemila organizzazioni internazionali, più di cento tribunali internazionali, altrettanti organi quase-giurisdizionali, un gradissimo numero di norme universali, dirette sia alle amministrazioni nazionali, sia a privati. Questi corpi e queste norme si estendono ai settori più diversi: dalla difesa Allá moneta, alla polizia, alle ferrovie, alle poste, al trasporto aéreo, alla sanità, all’uso della piattaforma marina, dello spazio e del maré, alla meteorologia, alle fonti di energia, al lavoro e alle politiche sociali, al commercio dei beni e dei servizi, alla scienza, all’energia nucleare, all’ambiente, a Internet, al terrorismo, alle malattie epidemiche, all’uso delle risorse ittiche, ai contratti pubblici” (CASSESE, Sabino. *Ibidem*. p. 3). “Para reduzir a assimetria entre a economia sem fronteiras e leis nacionais (a ordem jurídica internacional) fornecem cerca de dois mil organizações internacionais, com mais de cem tribunais internacionais, muitos órgãos quase-jurisdicionais, número gradissimo dos padrões universais, abordando tanto o governo nacional, quanto o particular. Estes organismos e estas normas abrangem diversos campos: da defesa para o dinheiro, a polícia, ferrovias, serviços postais, aviação, saúde, com o uso de plataforma marinha espaço, eo mar, meteorologia, as fontes de energia de trabalho, e políticas sociais, o comércio de bens e serviços, da ciência, toda a energia nuclear para o meio ambiente, Internet, terrorismo, doenças epidêmicas, com o uso dos recursos pesqueiros, com o contrato público ”

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral. O que intriga a “ciência” jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico. É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais além do Estado, no âmbito da qual não é suficiente a referência nem à noção de juridificação nem a um conceito histórico-universal de Constituição¹⁹⁷.

A base jurídica sob a qual está posta a ordem jurídica interna é, definitivamente, a Constituição. Mas, com a emergência de ordens jurídicas internacionais, qual é a base sobre o qual se fundam?

Segundo Sabino Cassese, o ordenamento jurídico global, como é definido por ele, “[...] é formado de vários sistemas reguladores diversos, um justaposto ao outro, com muitas ligações internas. Princípio e regras comuns tentando estabelecer-se”¹⁹⁸. A ausência de um órgão centralizador de todo o poder tem como ponto a existência de “uma política interna mundial sem um governo mundial”, tal qual descrito por Habermas¹⁹⁹. Também possibilita que as instituições outrora pertencentes exclusivamente ao Estado possa acompanhar o ritmo da economia e, tal como ocorre com a União Europeia, assimilar a densificação das relações e fazer com que a política acompanhe o crescimento dos mercados²⁰⁰.

Essa abertura propiciará, ao menos, uma abertura do Estado Constitucional. É assim que se fala de um Estado constitucional cooperativo, onde este deve abrir-se para que possa encontrar “[...] sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade, assim como no campo da solidariedade”²⁰¹. É na lógica, pois, de um aprendizado recíproco entre as diversas ordens jurídicas que deve se mover

¹⁹⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 83.

¹⁹⁸ No original: “[...] L’ordine giuridico è formato da tanti sistemi regolatori diversi, l’uno giustapposto all’altro, com molti legami interni. Principi e regole comuni stentano ad affermarsi” (CASSESE, Sabino. *Oltre lo stato*. ob.cit. p. 5).

¹⁹⁹ Para este conceito, Habermas propõe que deve haver uma cidadania mundial, ou seja, uma nítida consciência de uma solidariedade cosmopolita onde, através dos próprios órgãos supranacionais existentes, possa sofrer a institucionalização de procedimentos capazes de assegurar o exercício de autonomia cidadã. (HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera mundi, 2001. p. 132).

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 141-142.

²⁰¹ HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

o Estado constitucional cooperativo, considerando “[...] o efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo [...]”²⁰².

O que importa ter em mente é a construção de uma racionalidade envolvendo múltiplos órgãos e centro decisórios, cada qual com suas especificidades. Nestes termos, Marcelo Neves:

A questão reside na relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo. Isso implica externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primeiramente com base em códigos binários de comunicação diferentes²⁰³.

O aprendizado, portanto, com a comunicação ou o diálogo entre as diversas ordens jurídicas é que permitirá uma simplificação da complexidade dos temas jurídicos tratados. Assim é que se pode falar de um transconstitucionalismo sem a existência de hierarquia de uma ordem sobre outra, mas sim com uma conversa entre as distintas ordens jurídicas que sempre

[...] implica uma releitura de sentido à luz da ordem recíproca. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do outro são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do “outro”²⁰⁴.

Ora, de fato, a emergência de uma nova ordem mundial com a pluralidade de ordenamentos jurídicos desferiu um duro golpe no ideário de produção unilateral do direito.

Este fenômeno aliado às premissas da teoria do discurso de que a legitimidade só poderá ser gerada a partir de um diálogo intersubjetivo entre as partes interessadas²⁰⁵, faz com que seja possível falar “[...] também no âmbito interno de um mesmo Estado nacional, seja possível se travarem relações, não de supremacia ou última palavra, mas de cooperação entre diferenciados interlocutores”²⁰⁶.

²⁰² HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo* ob.cit. p. 12.

²⁰³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. ob.cit. p. 115.

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. *Ibidem*. p. 118.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob.cit. p. 214.

²⁰⁶ VIEIRA, José Ribas, et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 51.

O cenário que coloca uma colaboração entre os diversos poderes ou órgãos funcionalmente diferenciados do Estado parece ser uma das possíveis alternativas à supremacia jurisdicional na guarda da Constituição e também na implementação da democracia e dos direitos das minorias²⁰⁷.

O diálogo entre os poderes, e acima de tudo aquele que tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição, ou seja, os tribunais constitucionais, tem várias formas de ocorrência. Em um esforço sistematizador, as formas como, em geral, os tribunais constitucionais se utilizam para dialogar com os demais poderiam ser classificadas: 1) quanto ao método judicial e 2) quanto às estruturas de diálogo. A primeira leva em conta as técnicas decisórias que o órgão judicial pode se valer para dialogar com os demais poderes. A segunda, ao revés, tem em vista mais a institucionalização de estruturas e procedimentos que podem levar a uma atitude cooperado entre os órgãos²⁰⁸.

Na primeira categoria, em teorias dialógicas centradas no método judicial, divide-se em: a) teorias de aconselhamento judicial: por estas teorias “[...] o judiciário se vale de técnicas de interpretação e construção decisórias, que se revelem proativas e recomendem cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violar a constituição”²⁰⁹. O judiciário recorre a técnicas decisórias por meio do qual recomenda ações a serem tomadas pelos demais poderes para que se evite a violação da Constituição. Nesta quadra se insere a técnica do apelo ao legislador ou, ainda, da pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade; b) teorias centradas no processo: o tribunal constitucional nestas teorias dialógicas conclama os agentes do poder à adequada deliberação em decisões políticas em temas fraturantes ou fundamentais para a sociedade. Ou, “o cerne do diálogo [...] reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão”²¹⁰.

Na espécie ou possibilidade de diálogo entre os poderes, pode-se dividir em: a) teorias de construção coordenada: por esta teoria, a interpretação da Constituição é, de

²⁰⁷ VIEIRA, José Ribas, et. al. *Diálogos institucionais e ativismo*. ob. cit. p. 51.

²⁰⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, p. 1.109-1.180, 2006. No Brasil a mesma sistematização é feita por VIEIRA, José Ribas, et. al. *Diálogos institucionais e ativismo* ob. cit. p. 200 e ss.

²⁰⁹ VIEIRA, José Ribas, et. al. *Ibidem*. p. 92.

²¹⁰ VIEIRA, José Ribas, et. al. *Ibidem*. p. 93.

fato, uma tarefa que incumbe a todos os poderes. Contudo, compete aos órgãos ou poderes, em caso de discordância com o resultado final acerca de uma interpretação dada pela Corte, a provocação de novo julgamento, seja pela reedição do mesmo ato ou por meio da utilização de recurso processual²¹¹; b) teorias de princípios jurídicos: à Corte Constitucional cabe o julgamento de questões relacionadas a princípios jurídicos. Todavia, na hipótese de erro no julgamento, os demais poderes poderiam efetuar um controle, ocasionando um diálogo *a posteriori*²¹²; c) teorias de equilíbrio: como ponto de comum, esta teoria tem o fato de que não reconhece qualquer proeminência do judiciário nas discussões jurídicas, sendo apenas mais uma instância de deliberação, de modo que a sociedade mesma alcance a melhor compreensão da Constituição²¹³; d) teorias de parceria: estas teorias propugnam que as contribuições de cada um dos poderes são oferecidas de acordo com a situação que melhor traga vantagem. Por exemplo, ao Judiciário caberá analisar questão de direito individual e ao Legislativo questões de políticas públicas²¹⁴.

Como combinação dos dois últimos modelos, a teoria que melhor representa o diálogo entre os poderes é a da fusão dialógica:

À concepção institucional mais delimitada oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do Judiciário de facilitador da discussão na sociedade sobre os temas centrais do constitucionalismo. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, o que já era defendido pelas teorias de equilíbrio²¹⁵.

Cada sistema jurídico deve operar da melhor forma possível as respostas em temas constitucionalmente controvertidos, deixando a questão de que ao Legislativo incumbe melhor a resolução das questões de políticas públicas com ampla abrangência e ao Judiciário temas de menor abrangência²¹⁶.

Inconscientemente ou não, todas as teorias que propugnam por um diálogo entre as funções têm como norte a fixação de que o Estado Democrático de Direito é um projeto que passa pela institucionalização de procedimentos de formação da vontade e opinião política, assumindo que as funções estatais são canalizadores de todo o poder

²¹¹ VIEIRA, José Ribas, et. al. *Diálogos institucionais e ativismo* ob. cit. p. 95.

²¹² Idem.

²¹³ VIEIRA, José Ribas, et. al. Ibidem. p. 97-98.

²¹⁴ VIEIRA, José Ribas, et. al. Ibidem. p. 99.

²¹⁵ VIEIRA, José Ribas, et. al. Ibidem. p. 100.

²¹⁶ VIEIRA, José Ribas, et. al. Ibidem. p. 101.

comunicativo que emerge da soberania popular²¹⁷. A institucionalização de cada procedimento de formação da vontade e opinião política corresponde, em verdade, a uma forma diferente de expressão argumentativa do poder comunicativo dos cidadãos.

Dessa forma, o núcleo da ideia de separação de poderes deve respeitar a diferença entre essas formas de institucionalização da vontade e opinião pública. Nada impede, entretanto, que ocorra uma cooperação intersubjetiva entre as funções estatais. A questão que deve persistir é a de que cada um dos poderes, por assim dizer, move-se dentro de uma lógica argumentativa própria. Desde que um deles não se imiscua em argumentos do outro, a cooperação e o diálogo são permitidos e recomendáveis, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 615.

III - A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO PARA O EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

O presente trabalho analisa uma questão delicada: como o exercício da jurisdição constitucional adquire legitimidade em um Estado Democrático de Direito em que todo o poder emana do povo (art. 1º, CF/88). Várias são as teorias que tentam responder ao presente questionamento.

Ainda que de maneira breve, analisaremos um pouco das contribuições teóricas ditas pós-positivistas²¹⁸, em que se busca na Jurisdição Constitucional a superação da grande objeção levantada desde o célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803).

Em um primeiro momento, mister para que se possa ir ganhando espaço na construção teórica, discutir o relacionamento que há entre constitucionalismo e democracia. Fazer uma contraposição entre aquele e esta pensando haver entre eles um antinomia insuperável na qual ambos invalidar-se-ia mutuamente, é analisar este complexo fenômeno de forma um tanto quanto superficial.

Ademais, para que se chegue ao debate da legitimidade democrática necessário se faz rever um já conhecido embate entre o órgão competente para guardar

²¹⁸ Sob a mesma expressão (pós-positivismo) designa-se uma série de propostas teóricas diferentes, com pressupostos teóricos díspares entre si. Ora, como diz Dimitri Dimoulis este termo parece conduzir uma “caricaturização” de seu adversário teórico, o positivismo, que quase não encontra ressonância fora do Brasil (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 48 e ss.). Cada autor tenta colocar uma significação para este termo utiliza o marco teórico sob o qual trabalha. Por exemplo, para Luis Roberto Barroso pós-positivismo pretende ser “[...] uma volta aos valores, isto é, uma reaproximação entre ética e Direito” (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Barroso, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2003. p. 20-21). No mesmo sentido trabalhado por Luis Roberto Barroso, temos Paulo Bonavides para quem o pós-positivismo seria uma corrente teórica iniciada por Ronald Dworkin que acentuaria a “hegemonia axiológica dos princípios” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 264). Ora, é imperioso ressaltar que, em nenhum momento de suas obras, Dworkin denomina seu projeto de pós-positivista. De qualquer sorte, Lenio Streck define as posturas pós-positivistas como “[...] teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da (in) determinabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.). Ou seja, em determinado sentido, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que pretendem superá-las” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 63). Pode-se dizer que sob o mesmo rótulo “pós-positivismo” estão todas as teorias que pretendem superar o positivismo.

ou tutelar a Constituição havido por Hans Kelsen e Carl Schmitt no início do século XX.

Pode-se falar então que a legitimidade democrática da jurisdição é o objeto central deste capítulo. Contudo, como premissa teórica para superar o debate, elegemos a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia do alemão Jürgen Habermas. Foi este quem mais contribuiu para caracterizar a jurisdição constitucional como efetiva protetora da democracia e da Constituição.

3.1. Democracia e Constitucionalismo no Estado Democrático de Direito

A relação que há entre democracia e constitucionalismo atravessa séculos de existência. Compreender que a democracia inicia com a ágora ateniense é lugar comum em toda a teoria política. Problema um pouco mais profundo é compreender a existência do constitucionalismo no mundo antigo. Para isso, é necessário nos libertarmos da ideia de constitucionalismo proveniente da Idade Moderna²¹⁹:

Para acercarnos a la comprensión del mundo antiguo, necesitamos liberarnos de estas formalizaciones, de estas divisiones, características y peculiares de la Edad Moderna. En la búsqueda antigua de la forma de gobierno se expresa la necesidad de unidad y de equilibrio referida indivisiblemente a la sociedad y a sus poderes públicos. La forma de gobierno buscada no presupone por ello ninguna soberanía, y menos aún un Estado, se refiere simplemente a un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política²²⁰.

É neste contexto que a democracia exerce um papel crucial. Ela permite a constituição de uma unidade, de uma homogeneidade em uma sociedade em crise e ameaçada. Deste modo, o conceito de *politéia* surge como algo que os modernos irão chamar de constitucionalismo²²¹: uma forma de organização do governo e do conjunto

²¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2007. p. 16.

²²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Ibidem*. p. 17.

²²¹ Aristóteles chamou a política, enquanto exame de organização do governo, de constituição: “Devemos, portanto, examinar não somente a constituição das Cidades que passam por ser as mais bem governadas, como também as formas teóricas de constituição, imaginada pelos filósofos, restringindo-nos às mais notáveis” (ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martins Claret, 2001. p. 78).

de cidadãos pertencentes à *polis*²²². A sociedade antiga, posto ser uma *societas* construída em busca de uma unidade, de uma homogeneidade que coloque todos seus cidadãos em busca de um projeto comum, a relação entre democracia e constitucionalismo não nasce problemática.

É, sobretudo, com o movimento do constitucionalismo moderno²²³ que esta relação começa a se tornar problemática. Primeiramente, Jean Bodin em 1576 funda um conceito de soberania como um poder perpétuo e absoluto. Sua obra é toda dedicada à fundamentação do regime monárquico²²⁴. Depois, Jean Jacques Rousseau tomando a ideia de que ao povo caberia o poder absoluto²²⁵, é que se firmam as bases do constitucionalismo dos modernos.

Modernamente, “el constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite e de la garantía”²²⁶. É, entretanto, necessário desgarrar a ideia de que o constitucionalismo é um conceito histórico e determinado tendente a descrever uma Constituição²²⁷. Só assim se poderá ver que, com este termo, representam-se várias teorias ou autores os quais, de uma forma ou de outra, planejavam ou imaginavam uma ordem política mais justa.

Por exemplo, no mundo antigo, constitucionalismo refere-se a uma forma específica de ver a sociedade da época. Na Grécia, primeiro com Platão, depois com

²²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. ob. cit. p. 16-17.

²²³ “[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52).

²²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. ob. cit. p. 73.

²²⁵ Jean Jacques Rousseau encerra a ideia de que todo o poder estaria contido na vontade geral, reforçada pela necessidade de um pacto social, onde “[...]cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: 2004, Editora Martin Claret. p. 32).

²²⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. ob. cit. p. 85.

²²⁷ Com esta tendência, Nicola Matteucci ao aduzir que constitucionalismo reside em um plano mais ideal do projeto político de uma sociedade: “[...] con constitucionalismo se indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, em la que encontrarse su própria unidad, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política: de esta concepción derivan, con un notable nível de abstracción, algunos elementos que permiten cribar el material histórico. Al ser un término selectivo, no abarca a lós escritores que se limitan a describir la constitución, entendida aristotelicamente como norma o principio, conjunto de normas o conjunto de principios, que presiden la vida de cualquier comunidad organizada; sino a aquellos escritores que, en sede prescriptiva, buscan instaurar un orden político mejor y un gobierno recto, político o legal” (MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 23).

Aristóteles, o termo *políteia* serviu, como dito, para visualizar uma nova forma de governo que pudesse dar resposta à instabilidade política da sociedade grega, afirmando um compromisso de se encontrar um meio-termo entre as formas de governo, oligarquia e democracia²²⁸, formando uma sociedade ideal. Em Roma, o mesmo termo ganha significado um pouco diferente. Ao invés de designar uma composição política entre a própria sociedade, referido termo tem a conotação de designar um equilíbrio entre os poderes e magistraturas²²⁹.

No medievo, constitucionalismo é uma ordenação política da sociedade na qual o intento era preservar a ordem natural, uma ordem pré-concebida, mas, para isso, seria necessário conter o rei de uma possível ação tirânica. A lei fundamental, portanto, assume um caráter de ordenação das relações plurais, não admitindo qualquer intento de uniformização²³⁰, que não poderia advir de cima para baixo.

As revoluções americana e francesa quiseram plasmar em um documento os direitos e garantias que os indivíduos teriam contra o poder político. A partir da elaboração de uma carta em que se inscreveria a ordenação sistemática e racional da comunidade política (na qual ficavam inscritos os limites e garantias contra o poder político), chamada de Constituição²³¹, retirou-se das mãos do soberano a disponibilidade do poder político. Mas, o soberano não seria o povo? O poder a partir das revoluções e do projeto teórico iluminista que as animou, não pertenceria exatamente a cada um dos indivíduos? Qual, então, a relação que deve haver entre esta carta que garantia os indivíduos contra o poder político do *ancien regimem* e a própria ideia de soberania dos indivíduos?

Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular²³².

Ora, a relação entre Constitucionalismo e democracia coloca em choque dois movimentos pretensamente diversos: um da noção que o poder pertenceria ao povo, entendido este como uma regra majoritária que governaria sempre (e sem limites) o destino da sociedade; o outro, de que este mesmo poder estaria limitado por normas

²²⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días* ob. cit. p. 24.

²²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días* ob. cit. p. 26.

²³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Ibidem*. p. 63-64.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 52.

²³² FIORAVANTI, Maurizio. *Ibidem*. p. 103.

estabelecidas por maiorias anteriores, impondo limites à vontade de governo da maioria. Donde se diz que a sociedade lança pré-compromissos intencionais com o objetivo de autorrestringir ela mesmo, tendo em conta que a Constituição é elaborada em momento de normalidade política e pretende evitar que qualquer paixão momentânea possa destruir a comunidade de princípios que pretenda construir²³³.

Se, pois, Constitucionalismo quer dizer, para Dworkin, “[...] um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer”²³⁴, então, levanta-se uma objeção, a de que ela (a Constituição) comprometeria a democracia ao vincular a decisão de uma maioria ao respeito de uma minoria²³⁵.

Mas essa objeção só é levantada tendo em conta que poderia haver um governo limitado sem democracia e democracia sem governo limitado²³⁶. Desde Rousseau aprendemos que a formação da vontade política, expressa pelo debate público, pelas deliberações, não exige unanimidade, ainda quando esta seja perfeitamente visível²³⁷.

A má-compreensão do que seja democracia acaba prejudicando a ideia que se tem de constitucionalismo. Para Dworkin, há dois tipos de ação coletiva: uma comunitária e outra estatística.

A ação coletiva é estatística quando o que o grupo faz é apenas uma questão de alguma função, rudimentar ou específica, a qual os membros individuais do grupo exercem para si próprios, ou seja, sem qualquer noção de fazer algo

²³³ Utilizando a metáfora de Ulisses e as Sereias para a autorrestrição da sociedade, o já clássico trabalho de ELSTER, Jon. *Ulisses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. Explicando a metáfora, Lenio Streck: “Como é sabido, na Odisseia, Ulisses, durante seu regresso a Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida destas provações era o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorremem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois. Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Isso é de fundamental importância, e os gregos ainda podem nos ensinar com a autoridade daqueles que forjaram o discurso democrático: entre eles as decisões mais importantes acerca dos destinos da pólis só poderiam ser levadas a efeito no diálogo que se estabelecia na ágora” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2009, p. 75-83. p. 75-76.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer manuscrito do original publicado no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, 1995. P. 2.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 3.

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 286.

²³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: 2004, Editora Martin Claret. p. 100.

como um grupo. A ação coletiva é comunitária, de outro lado, quando ela não pode ser reduzida a somente alguma função estatística da ação individual, já que é coletiva no sentido mais profundo que requer dos indivíduos que assumam a existência do grupo como uma entidade separada ou fenômeno²³⁸.

Essa distinção de ações coletivas fornece dois tipos diferentes de democracia: uma estatística, em que “as decisões políticas são tomadas de acordo com alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais”, e outra comunitária, em que “as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo como tal – ao invés de qualquer arranjo de indivíduos um a um. A ideia de Rousseau de um governo pela vontade geral é um exemplo de uma concepção comunitária em lugar de uma estatística da democracia”²³⁹.

É chegada a hora de acreditar que esse relacionamento é mesmo complexo, já que faz parte de

[...] uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para este tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz²⁴⁰.

A Constituição deve ser vista como constituidora de uma comunidade de princípios e também “[...] uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprios enquanto titulares dessas diferenças”²⁴¹. A esperança depositada em um texto constitucional não elimina a complexidade, mas sim a aumenta. Incumbe ao Direito, a difícil tarefa da aplicação dessas normas gerais e abstratas às situações concretas da vida, complexas e singulares²⁴².

De qualquer forma, a exata compreensão da relação entre constitucionalismo e democracia envolve a crença de que a construção de uma sociedade justa e democrática

²³⁸ DOWRKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. ob. cit.p. 3-4.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. Ibidem . p. 4-5.

²⁴⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: *Crises e desafios da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite. (org.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 281-282.

²⁴¹ CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p. 98.

²⁴² CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. Ibidem. p. 99.

passa, necessariamente, pela consideração de que esta é sempre um projeto “complexo, plural e aberto para o futuro”, como quer Menelick de Carvalho Netto²⁴³.

Se a sociedade é complexa, no sentido de sempre aberta para o futuro, os participantes do projeto constituinte devem ser assim também considerados. A atribuição de significado aos participantes da democracia tem o propósito de enclausurar os participantes do projeto democrático. É preferível, pois, determinar o que eles não são ao que eles são. Deixar em aberto quem são os destinatários e co-autores do projeto da sociedade tem, segundo Michel Rosenfeld, dois sentidos:

[...] primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude. Consequentemente, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa²⁴⁴.

É, pois, essencial deixar em aberto quem serão os construtores da sociedade, permitindo-se a desconstrução e reconstrução a cada novo momento. Tendo essa fé na abertura da sociedade em linha de conta, pode-se falar que é possível resolver a problemática surgida da relação entre Constitucionalismo e democracia.

Como fazer, então, para que ações da coletividade ou de uma comunidade ganhem ares democráticos, ou seja, que se respeite uma minoria em contraponto a uma maioria, eliminando, assim, os riscos de uma ditadura da maioria²⁴⁵?

²⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. ob. cit. p. 95.

²⁴⁴ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2003. p. 26.

²⁴⁵ Conforme observado por Konrad Hesse: “la legitimación de los gobernantes a través del pueblo exige un espacio propio para los objetivos y las actividades de aquellos que no pertenecen a la mayoría; la existencia de una mayoría no se construye al precio de dejar desprotegida a la minoría. Si la democracia de la Ley Fundamental fuese tan sólo el dominio de la mayoría, encerraría la posibilidad de una dictadura, que únicamente se diferenciaría de la dictadura de la minoría en el número de sometidos” (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 144). Também Jürgen Habermas ao estatuir que a regra da maioria é apenas um modelo de decisão de uma discussão interrompida prematuramente pela necessidade de se decidir, mas que a minoria além de prestar conformidade pode, através de um excuro argumentativo posterior com melhores argumentos, modificar os resultados antes tomados, ao convencer e conquistar a maioria. O que, em suma, Habermas quer dizer é que a minoria não ficará alijada do debate e que a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã: “La regla de la mayoría conforme a la que, em los tribunales de justicia de composición colegial, em los Parlamentos o em los órganos concernientes a autoadministración se decide sobre los asuntos de que se trate, constituye un buen ejemplo de un importante aspecto de la regulación de los procesos de deliberación em términos de derecho procedimental. La regla de la mayoría mantiene una relación interna com la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una censura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación

Somente em um contexto da teoria discursiva em que fique assegurado o processo de formação da opinião e vontade públicas e dos direitos fundamentais do Estado de Direito enquanto institucionalização dos procedimentos de formação democrática isto é possível:

A teoria do discurso, que obriga ao processo democrático, com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativa do que o modelo Republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais do que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito²⁴⁶.

A legitimidade que relaciona Constitucionalismo e Democracia no Estado Democrático de Direito só pode ser assumida tendo em conta que à Constituição é assegurado um papel de institucionalização de procedimentos democráticos capazes de fazer com que os indivíduos possam exercer sua autonomia. Assim é que o Estado democrático de Direito assume forma na teoria discursiva:

La teoría discursiva del derecho entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía pública y) una producción legítima de normas²⁴⁷.

Ou seja, para a formação da vontade e opinião política deve-se levar em conta a soberania popular, entendida como autonomia pública, e direitos individuais, enquanto

discursiva de la opinión. Pero entonces la decisión mayoritaria ha de producirse bajo la premisa de que los asuntos en litigio se han discutido de una forma cualificada, es decir, bajo los presupuestos comunicativos del correspondiente tipo de discurso. Pues sólo entonces puede considerarse su (de la decisión mayoritaria) contenido como el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una argumentación que ha sufrido una interrupción en vista de la necesidad institucional de decidir, pero que en principio puede retomarse. Las objeciones contra las decisiones mayoritarias que tienen consecuencias irreversibles se basan en la interpretación de que la minoría que ha sido derrotada sólo puede prestar su conformidad, autorizando así a la mayoría, bajo la reserva de que ella misma tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª Ed. Madri: Trotta, 2010. p. 247-248).

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 280.

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª Ed. Madri: Trotta, 2010. p. 523.

manifestação da autonomia privada, em uma relação co-originária que ambas fiquem asseguradas:

O princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação que assegurem a autonomia pública dos cidadãos do Estado; e o domínio das leis, nos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada²⁴⁸.

Por isso, a Constituição, na atual quadra histórica, não pode ser entendida, como queria Carl Schmitt, como uma “concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de um cierto Estado”²⁴⁹. Em um Estado Democrático de Direito

[...] tal qual previsto no art. 1º, da Constituição da República de 1988, como novo paradigma, toma a cidadania como agir (agir discursivo). Somente através de espaços de discussão pública (formalizados ou não), em que se possibilite (potencialmente) a igual participação de diferentes grupos agindo discursivamente que se poderá lidar com as desigualdades, sem esperar que a solução dos problemas venha (pronta) do Estado – aliás, não apenas as soluções, mas, inclusive, a formulação dos problemas (e dos critérios de solução) devem vir de baixo, sem agendas fechadas – e sem a esperança de que, uma vez encontrada uma solução, esteja resolvido o problema: na verdade, este fechamento tem de representar ponto de partida para uma nova abertura, dada a complexidade e mutação nas sociedades atuais²⁵⁰.

A própria compreensão da Constituição deve ser redefinida no paradigma do Estado Democrático de Direito, não como uma ordem já dada, ou uma norma pré-definida, mas como uma possibilidade de entendimento mútuo entre os cidadãos:

La Constitución, pues, no es ordenación de la totalidad de la cooperación social-territorial (*gebietsgesellschaftliches Zusammenwirken*), la cual no es, en absoluto, simple “ejecución constitucional”. Como tampoco es una unidad sistemática ya cerrada, bien sea ésta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores. Sin embargos, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad, e que el Derecho constitucional se halla orientado en

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 290-291.

²⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2009. p. 30.

²⁵⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p.265.

mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento²⁵¹.

A relação que sobressai do Constitucionalismo e democracia é uma mútua dependência para garantia da autonomia de cada um dos cidadãos. Por um lado, asseguram-se as liberdades individuais de cada cidadão, a liberdade dos modernos, de outro lado, asseguram-se a possibilidade de cada cidadão influir na vontade estatal, na liberdade dos antigos, fazendo, assim, uma reconstrução das tradições liberais e republicanas, segundo o modelo proposto por Habermas²⁵². Sob este viés, Marcelo Cattoni:

Constitucionalismo e democracia não podem mais ser considerados como concepções contraditórias. O constitucionalismo e, portanto, a própria Constituição do Estado Democrático de Direito, não pode mais ser compreendido, quer em termos liberais, como a defesa de uma esfera privada e do exercício da autonomia enquanto “liberdade negativa”, naturalisticamente concebidas, contra o público; quer em termos republicanos, como a defesa de uma estabilidade ético-política, que se realiza através do exercício da autonomia enquanto “liberdade positiva”. E a democracia não pode ser concebida, quer em termos liberais, como uma mera disputa de mercado regulada mecanicamente por regras, que legitimam a escolha de um governo comprometido com os interesses majoritários daqueles que supostamente representa; quer em termos republicanos, como um processo autocompreensivo através do qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade concreta se realiza²⁵³.

Dentro do pressuposto teórico de uma teoria discursiva do direito e da democracia tal como a proposta por Habermas não é difícil ver que os direitos são atribuídos pelos cidadãos e para eles mesmos²⁵⁴. Há, pois, assim relação de dependência recíproca entre constitucionalismo e democracia, onde a ruína de um implicará na ruína

²⁵¹ HESSE, Konrad. *Escritos del derecho constitucional*. ob. cit.. p. 45.

²⁵² A coesão interna entre Estado de Direito - para usarmos o léxico de Habermas - e Democracia só será alcançada com a interdependência entre as tradições liberais e republicanas: “[...] esses dois momentos (Liberalismo e Republicanismo) precisam ser mediados de tal maneira que uma autonomia não prejudique a outra. As liberdades de ação dos sujeitos privados e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício dos seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles” (HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Asthor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002).

²⁵³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 100-101.

²⁵⁴ “Da relação co-original entre a autonomia privada e a autonomia pública resulta que os direitos dos cidadãos não lhes foram atribuídos senão por eles mesmos enquanto co-legisladores” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2004. p. 214).

de outro²⁵⁵. A coesão entre o constitucionalismo e democracia é de tal ponto que se pode dizer que “[...] una cierta idea de Constitución, de norma superior que define y ordena el debate y que establece, entre otras cosas, la propia regla de las mayorías, es consustancial al modelo democrático y que, cuando quiebra aquélla, incluso en virtud de una decisión mayoritaria, la propia democracia se resquebraja”²⁵⁶.

A perspectiva, portanto, do próprio intérprete ou operador da Constituição deve modificar. Não é ela (a Constituição) um produto acabado, e este é (o intérprete) sempre, junto com os demais cidadãos, partícipes deste projeto que promove a integração entre passado, presente e futuro:

Daí a necessidade de o operador jurídico assumi-la como uma teoria político-constitucional em sentido fraco: o teórico da Constituição não deve assumir a atitude performativa do doutrinador iluminado, a ditar soluções para uma massa de ignorantes, já que admitir isso seria, a essa altura de nossas reflexões, uma grande incoerência. Uma teoria político-constitucional pode fornecer ao jurista, no máximo, a perspectiva do operador do Direito comprometido com o desenvolvimento constitucional que, no seu papel de intelectual e não de especialista, pode contribuir e participar das controvérsias político-constitucionais através das quais todos os co-associados jurídicos, inclusive ele, enquanto cidadãos, podem refletir e definir sua vida em comum²⁵⁷.

Somente assim a democracia estará plenamente realizada com a ideia de autonomia dos cidadãos em que cada um possa sentir-se destinatário e co-autor do projeto constitucional²⁵⁸:

[...] a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais²⁵⁹.

Nesta perspectiva, a quem caberia exercer a guarda da Constituição, e, dessa forma, ser o defensor da democracia?

²⁵⁵ SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2009. p. 149.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 132-133.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. ob. cit. p. 293.

²⁵⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. ob. cit. p. 111.

3.2.A quem cabe a tarefa de guarda da Constituição? A interpretação da Constituição como formação da vontade e opinião política

Se o conceito de Constitucionalismo está umbilicalmente ligado também ao conceito de democracia e a forma com que se desenvolve a formação da opinião e da vontade política, então resta, ainda, saber a quem caberia a tutela ou guarda do documento que constitui um povo, ou seja, a Constituição. Com efeito, a própria vida da Constituição e da própria democracia estará em jogo quando se falar em quem exercerá o *mínus* de proteger a Lei Suprema²⁶⁰.

Este não é um debate novo. Durante o século XX dois grandes juristas, Hans Kelsen e Carl Schmitt, protagonizaram amplos debates acerca de tal incumbência.

Hans Kelsen publicou uma série de artigos nos quais advogava um conceito absolutamente novo à época. De acordo com sua concepção de que Estado e Direito são a mesma coisa, “a garantia jurisdicional é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos”²⁶¹. Para Kelsen, então, a Constituição diferenciar-se-ia das demais normas jurídicas apenas pelo seu caráter mais geral.

Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito à ela, aplicação do direito. Com relação aos decretos e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito. O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais²⁶².

A aplicação do Direito seria um produto dinâmico e hierárquico onde cada grau é uma criação com relação ao grau inferior e uma reprodução com relação ao grau superior. A ideia de regularidade de um ato confrontado com outro nada mais é do que a correspondência do grau inferior com o grau superior²⁶³.

A noção então de que a Constituição é a ordem jurídica suprema do Estado e sobre o qual ela se funda, com procedimento mais rígido para sua alteração do que as

²⁶¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. P. 123-124.

²⁶² KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 125-126.

²⁶³ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 126.

leis, é que vai permitir a Kelsen formular a análise de contrariedade entre as leis com a Constituição, seja em face de sua contrariedade com os procedimentos adotados por esta para criação das leis, seja em face do seu conteúdo:

[...] uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formuladas na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta²⁶⁴.

E para proteger a Constituição dessas leis que a ofendem é que se criam uma série de garantias. Todo exame de regularidade de ato estatal depende da análise de uma autoridade. No caso da Constituição, Kelsen justifica a necessidade de um órgão central para este exame, sob a justificativa de que somente assim a anulabilidade assumiria um caráter geral

A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se decide confiar esse controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulabilidade total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância central suprema²⁶⁵.

Segundo Kelsen não cabe ao próprio órgão, responsável pela edição de ato que contraria a Constituição, o exame da sua regularidade.²⁶⁶ A única forma de se garantir eficazmente a proteção da Constituição é atribuindo esta atividade a um órgão terceiro e imparcial, além do executivo, judiciário e legislativo, que ele mesmo denomina de jurisdição ou tribunal constitucional²⁶⁷.

Este Tribunal teria por escopo específico anular os atos normativos diretamente submetidos à Constituição e contrários a ela. Esta anulação teria caráter geral, e se assemelharia a uma lei, posto que sua anulação teria o mesmo caráter geral de edição de uma norma abstrata. A esta função, Kelsen denominou de legislador negativo:

[...] anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais

²⁶⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. ob. cit. p. 132.

²⁶⁵ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 145.

²⁶⁶ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 150.

²⁶⁷ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 151.

sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa²⁶⁸.

Sem uma garantia de anulabilidade dos atos contrários à Constituição, Kelsen acredita que não haveria uma obrigatoriedade plena da Constituição. Somente assim ela assumiria um mínimo de coercibilidade²⁶⁹.

A Jurisdição Constitucional, portanto, teria o compromisso de garantir a proteção das minorias contra as majorias²⁷⁰. A democracia, para Kelsen, aparece como um compromisso constante entre os grupos representantes no Parlamento²⁷¹.

Carl Schmitt, em 1929, publica sua obra, o Guardiã da Constituição (*Der Hüter der Verfassung*), em que defende uma concepção diametralmente oposta. Schmitt faz críticas ao parlamentarismo. Para ele, então, este regime não seria próprio da democracia, mas sim de um liberalismo²⁷².

Após afirmar que o aspecto representativo não provém da lógica democrática, mas da metafísica liberal, Schmitt a seguir o apresenta como um elemento constitutivo não democrático da democracia parlamentar. Com efeito, é ele que torna impossível a identidade entre governantes e governados, que é para Schmitt o que define a democracia. Daí a sua conclusão de que existe uma contradição, localizada no cerne do regime liberal democrático, uma vez que o liberalismo nega a democracia e a democracia nega o liberalismo²⁷³.

Com essa ordem de ideias, Schmitt nega que o Judiciário possa exercer a atividade de guarda da Constituição²⁷⁴. Esta ideia, segundo ele, é proveniente dos

²⁶⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. ob. cit. p. 151-152.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 179.

²⁷⁰ KELSEN, Hans. *Ibidem*. p. 181. Também Alexandre Bahia: “Sob o aspecto político, o Tribunal Constitucional possuía duas funções: garantir a idoneidade da democracia, oferecendo às minorias um instrumento para se defenderem das decisões da maioria, e ser também uma garantia para o Parlamento, na medida em que controlava também os regulamentos do Governo. Importante salientar que essas eram as razões de existir um órgão de controle de constitucionalidade, na perspectiva de Kelsen” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardiã da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, p. 87-103, 2004. P. 94-95).

²⁷¹ Se vímos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. ob. cit. p. 182).

²⁷² MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, - 9-20, jul./dez. 1994. Disponível em: <www.alem.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf?>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2012, p. 10.

²⁷³ MOUFFE, Chantal. *Ibidem*. p. 11.

²⁷⁴ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sartro. Madri: Editora Tecnos, 1983. p. 42.

Estados Unidos onde toda a vida política e social é submetida ao Judiciário, não pode ser transposta para os países da Europa continental que detém tribunais administrativos:

puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos²⁷⁵.

Na Alemanha os Tribunais apenas aplicam a lei ao caso concreto, o que não quer dizer, para ele, que esta função seria de guarda da Constituição²⁷⁶. A função judicial seria, portanto, uma função diametralmente diferente da legislativa²⁷⁷. Nunca, porém, teria o Judiciário, pelo menos, nesses países, a possibilidade de retirar a validade de uma lei:

Afora isso, para que fosse possível poder falar-se em contradição de uma lei frente à Constituição, seria imprescindível que a norma constitucional se pudesse subsumir de forma precisa, concreta, no litígio e, frente a isso, estar em contradição com a norma ordinária. O juiz poderia, então, *nesta situação de necessidade*, deixar de aplicar essa última, mas não lhe retirar a validade²⁷⁸.

O Estado de Direito ao submeter todas as questões políticas ao Poder Judiciário traria enorme prejuízo fazendo uma politização da justiça e não uma judicialização da política²⁷⁹. A questão do que seja um litígio constitucional a ser solvido para Carl Schmitt opera um sentido central para a definição de quem vai exercer a guarda da Constituição. Para ele, um litígio constitucional não pode ser conceituado formalmente

²⁷⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 46.

²⁷⁶ “El derecho de control judicial asumido por el Tribunal Supremo tiene, por consiguiente, los caracteres de todo derecho de control judicial ejercido por los Tribunales sentenciadores: es sólo «accesorio», y únicamente constituye, como manifiesta H. Triepel, una «competencia ocasional», sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, es una sentencia judicial, conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma «difusa»” (SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 52).

²⁷⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 54.

²⁷⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. ob. cit. p. 96.

²⁷⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 57. Também BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. ob. cit. p. 97.

com uma lista de casos em que se determinaria a competência de um Tribunal Constitucional²⁸⁰.

A relação que há entre o tipo de jurisdição constitucional, definiria o que é litígio constitucional que, por sua vez, vai definir o próprio conceito de Constituição²⁸¹. Só poderia existir um órgão tal qual o desenvolvido por Hans Kelsen se a Constituição fosse tida como um contrato²⁸².

Carl Schmitt, contudo, funda um conceito decisionista de Constituição, entendida esta como decisão do modo e da forma da unidade política de um povo:

Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica²⁸³.

Para assegurar, portanto, a unidade política do povo e proteger a Constituição, Carl Schmitt coloca como único guarda da unidade política do povo o chefe do Poder Executivo, fundamentando na teoria do poder moderador de Benjamin Constant²⁸⁴.

O Presidente do *Reich* estaria na posição de guarda da Constituição de Weimar colocando-o como centro da neutralidade e independência política²⁸⁵ através da análise das seguintes atribuições que lhe foram acometidas por aquela Constituição:

Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia con respecto a las cambiantes mayores parlamentarias) como también el género de sus atribuciones (las que le competen según el artículo 45 y s. RV., de la facultad de disolver el Reichstag, según el artículo 25, la de promover un plebiscito, según el artículo 73 RV., el refrendo y promulgación de las leyes según el artículo 70, la ejecución por el Reich y la aprobación de la Constitución según el artículo 48) tienen por objeto en el orden político, como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del Estado, crear una institución neutral que como tal sea protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich, institución que además se halla dotada, para caso de necesidad, con atribuciones eficaces que le permitan realizar una defensa activa de la Constitución. Expresamente se dice en el juramento que el Presidente del Reich tiene que prestar según el

²⁸⁰ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 94.

²⁸¹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 100.

²⁸² SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 101. Ver, também, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. ob. cit. p. 97.

²⁸³ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 47.

²⁸⁴ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. p. 214.

²⁸⁵ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. p. 249.

artículo 42, que el Presidente está obligado a «salvaguardar la Constitución». El juramento político a la Constitución se orienta, según la tradición alemana del Derecho constitucional, a la salvaguardia de la Constitución, y el texto escrito de los preceptos constitucionales vigentes señala al Presidente del Reich, con claridad suficiente, como defensor de la Constitución. Independientemente del valor que, en otros aspectos, se conceda al juramento político, no es posible ignorar el sentido de esta auténtica frase constitucional²⁸⁶.

Assim, a Constituição de Weimar cria um sistema democrático contra o pluralismo partidário, garantindo o Presidente do *Reich* como centro da unidade política do povo e, por conseguinte, da Constituição²⁸⁷:

A conclusão de Schmitt é automática, o *Presidente do Reich* era o único que poderia ser o “Guardião da Constituição”, pois que não estaria sujeito às paixões dos partidos e logo só ele poderia resolver (“de fora”) os conflitos dos grupos pluralistas, que, disputando em equilíbrio, ameaçavam a Constituição, como ordem política da unidade do povo alemão²⁸⁸.

Este resumo da principal discussão havida no século XX entre quem deveria ser o guardião da Constituição levanta um questionamento. Se não há Constituição sem democracia, e a própria interpretação da Constituição faz parte da formação da opinião e da vontade política, a Constituição e a democracia precisam de tutores?

Tanto a teoria kelseniana de atribuição da guarda constitucional a um ente específico, quanto a teoria schmittiana do soberano que decidiria sobre o estado de exceção apresentam um déficit em comum: visualizar a Constituição como algo a ser apropriado por quem quer que seja. Vê-la como um objeto ou coisa pertencente a tal ou qual dos poderes estatais.

A identidade do sujeito constitucional, entendido como legitimidade e poder constitucional, ou seja, quem se submete às prescrições constitucionais e quem é que determina a interpretação das disposições constitucionais, é sempre um hiato, um vazio, uma ausência a ser construída e reconstruída²⁸⁹. Não por outra razão que Peter Häberle, em trabalho já citado, defende que todos são efetivamente interpretes da Constituição²⁹⁰,

²⁸⁶ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. ob. cit. p. 249-250.

²⁸⁷ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. p. 250.

²⁸⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. ob. cit. p. 98.

²⁸⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2003.p. 26.-27.

²⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.

na medida em que de alguma forma contribuem para a consolidação da comunidade a qual pertencemos.

Há, pois, uma reformulação no papel de “guarda” da Constituição. A tarefa de guardar a Constituição é apenas a condição de possibilidade para abertura da construção da identidade constitucional, para o exercício da autoridade constitucional e do poder político²⁹¹. Por óbvio que a magnitude da referida atividade não pertence a um só órgão, mas a toda a sociedade que funda um projeto comum de liberdade e igualdade.

Toda a sociedade deve ser representada no exercício da guarda da Constituição, portanto a decisão constitucional não é fruto deste ou daquele órgão, permitindo sempre a inclusão dos cidadãos. Nesta esteira é que deve atuar os órgãos encarregados textualmente de proteger a constituição:

No papel de guardião, o STF deve acima de tudo defender a Constituição como um âmbito que não é passível de ser apropriado por ninguém, que precisa se manter aberto como fonte principiológica inesgotável, capaz de permitir que os cidadãos venham, na medida das práticas sociais, a reivindicar a sua inclusão²⁹².

Dessa forma, coloca-se ainda mais pressão sobre o exercício do controle concentrado de constitucionalidade já que seria um processo objetivo que não permite a existência de partes e interesses subjetivos.

3.3.A legitimidade democrática da jurisdição constitucional: controle concentrado entre privatização e defesa da Constituição.

Em primeiro lugar, é preciso ver que a existência dos poderes legislativo, executivo e judiciário, apesar de aparecer como algo temporalmente remoto, é criação

²⁹¹ Inovadoramente Maria Fernanda Salcedo Repolês enxerga nesta tarefa a possibilidade de constante inclusão de novos sujeitos que fomentarão o debate em torno de nossa comunidade de princípios: “[...] o papel de guardião da Constituição pode ter a sua compreensão reformulada. Tenha-se em vista que a condição para a construção da identidade do sujeito constitucional exige que se mantenha a tensão permanente entre a definição da identidade por meio do reconhecimento de procedimentos de tomada de decisão e a manutenção do pluralismo, ou seja, do reconhecimento de que tal identidade permanece sempre carente de definição. Assim, o guardião é basicamente aquele que mantém a tensão entre a autoridade e poder, ou seja, entre indisponibilidade da forma da Constituição, símbolo da autoridade e decisão política, exercício do poder” (REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2008. p. 98-99).

²⁹² REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Ibidem*. p. 102.

relativamente recente na história Constitucional, datada mais ou menos da teoria de Montesquieu²⁹³. Na Idade Média, algo como o poder judiciário, era a possibilidade de se fiscalizar a regularidade do procedimento dos litígios entre os indivíduos, atribuídas aos ricos e poderosos, e não ao poder político. O monopólio de tal atividade nas mãos destes e daqueles justificava-se tendo em linha de conta que essa atividade é que, ao final, controlava a circulação de bens²⁹⁴.

Veja-se, pois, que a gênese do poder judiciário não é determinada pelo poder político, mas sim por meio de uma elite. O poder judiciário não é algo criado pelas classes sociais baixas para proteger seus direitos, mas sim pela alta classe para a fiscalização da circulação de riqueza.

Neste sentir, a própria origem do poder de julgar é problemática. Obviamente que a intenção das classes mais altas é manterem seus privilégios. Para tal desiderato é necessário a imposição de seus próprios valores.

Como fazer, então, para que o Judiciário não se torne um substituto do monarca absolutista? Como fazer para que a justiça não se torne “a guardiã” dos valores de uma sociedade?²⁹⁵ As respostas para estas perguntas passam por uma atitude reflexiva da jurisdição constitucional e da forma como ela é adotada em muitos países.

A questão que se coloca é que o problema democrático referente à jurisdição constitucional como uma força contramajoritária nos sistemas que a adotam²⁹⁶ pois

[...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um executivo eleito, indo contra a vontade de representantes eleitos pelo povo atual, que exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. Isto, sem conotações místicas, é o que realmente acontece²⁹⁷ (tradução livre).

Particularmente no controle concentrado esta objeção levantada parece fazer mais sentido. É que, em primeira vista, o resultado final do exame de constitucionalidade das leis teria as características de uma norma geral e abstrata, ou

²⁹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. trad. Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau editora, 2003. p. 64.

²⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Ibidem*. p. 65.

²⁹⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, Nov. 2000. p. 187.

²⁹⁶ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.

²⁹⁷ BICKEL, Alexander M. *Ibidem*. p. 17. No original: “[...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens”.

seja, seria obrigatória para todos e, ao mesmo tempo, dotado de imperatividade, com relação àquele resultado apresentado, que afastaria outra norma, só que esta promulgada de acordo com os procedimentos democráticos previstos pela própria Constituição.

Com o propósito de superar esta objeção ao *judicial review*, Robert Alexy sustenta que a jurisdição constitucional detém uma representação argumentativa ao contrário do parlamento que detém uma representação volitiva:

A representação do povo por um tribunal constitucional é, em contraste, puramente argumentativo. O fato de que a representação no parlamento é volitiva, bem como discursiva mostra que representação e argumentação não são incompatíveis. Pelo contrário, um conceito adequado de representação devem se referir, como Leibholz a coloca, em alguns valores" ideais. "Representação é mais do que, como Kelsen propõe —uma procuração, e mais do que— como Carl Schmitt mantém— tornando o repraesentandum existente. Para ter certeza, que inclui elementos de ambos, ou seja, a representação é necessariamente normativa, bem como real, mas estes elementos não esgotam este conceito. Representação necessariamente reivindica correção. Portanto, um conceito de pleno direito de representação deve incluir uma dimensão ideal, que se conecta decisão com discurso. Representação é assim definido pela conexão normativa, factual, e dimensões ideais²⁹⁸

A proposta de Alexy cria um grande problema. A Corte Constitucional poderia dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa desde que fosse argumentado corretamente – segundo o método por ele proposto. Tal fato leva a um campo de discricionariedade em que se garante uma decisão evitada de solipsismo²⁹⁹, onde o próprio interprete é o único limite de sua própria decisão³⁰⁰.

Este tipo de teoria que acredita na argumentação e na racionalidade que ela provoca tem o problema de reprimatizar a Jurisprudência dos Valores ocorrida na

²⁹⁸ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. Oxford University Press and New York University School of Law, Number 4, p. 572-581, 2005. p. 579 (tradução livre). No original: "The representation of the people by a constitutional court is, in contrast, purely argumentative. The fact that representation by parliament is volitional as well as discursive shows that representation and argumentation are not incompatible. On the contrary, an adequate concept of representation must refer—as Leibholz puts it—to some "ideal values." Representation is more than—as Kelsen proposes—a proxy, and more than—as Carl Schmitt maintains—rendering the repraesentandum existent. To be sure, it includes elements of both, that is, representation is necessarily normative as well as real, but these elements do not exhaust this concept. Representation necessarily lays claim to correctness. Therefore, a fully-fledged concept of representation must include an ideal dimension, which connects decision with discourse. Representation is thus defined by the connection of normative, factual, and ideal dimensions".

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24.

Alemanha do pós-guerra de 1949³⁰¹, ao utilizar princípios como se fossem sopesamento entre valores³⁰².

Ronald Dworkin, ao contrário de Alexy, utiliza argumentos mais sofisticados em favor da legitimidade do *judicial review*. Adepto de uma teoria substantivista do exercício da jurisdição, para ele

Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes não devem tomar³⁰³.

Dworkin propõe então superar o debate norte-americano entre originalistas e procedimentalistas que diriam, no primeiro caso, que o embate entre a jurisdição constitucional e democracia só seria resolvido buscando a intenção original dos *framers* e, no segundo caso, que caberia à jurisdição constitucional apenas garantir as regras do jogo democrático³⁰⁴. Diz o autor:

Vimos inúmeras pessoas de talento empenhando-se em reconciliar a revisão judicial com a democracia. A estratégia é a mesma: demonstrar que a revisão judicial adequada não requer que o Supremo Tribunal substitua julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria. As táticas são diferentes. Um programa afirma que o Tribunal pode atingir o nível certo de controle de constitucionalidade valendo-se da “intenção” dos constituintes. Outro, que o Tribunal pode evitar infringir a democracia policiando os processos da própria democracia. Ambos os programas se auto-anulam: incorporam justamente os julgamentos substantivos que dizem que devem ser deixados ao povo. Essa fuga da substância deve terminar na substância³⁰⁵.

³⁰¹ Para Lenio Streck, a jurisprudência dos valores teria as seguintes motivações: “[...] nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *Lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de abertura de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* ob. cit. p. 21).

³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 85 e ss. Jürgen Habermas apresenta críticas contundentes ao aspecto metodológico que leva o Tribunal Constitucional da Alemanha, a partir de Alexy, a confundir princípios com ponderação de valores. Ver, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010. p. 326 e ss.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 45.

³⁰⁴ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria judicial do controle de constitucionalidade*. trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 100-101.

O filósofo norte-americano sustenta que a jurisdição constitucional ganha legitimidade na medida em que julga questões de princípio e não de política:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais³⁰⁶.

A Constituição, pois, seria um resguardo de que as questões fundamentais da sociedade poderiam se tornar questões jurídicas³⁰⁷. Há, pois, uma sustentação de que o judiciário oferece o melhor local para interpretação para considerar que lesões a direitos individuais sejam encaradas como morais e não como políticas. O público participaria expressando sua opinião através de questões de princípio, não de modo estruturado como ocorre no legislativo³⁰⁸.

Esta teoria de Dworkin, entretanto, não escapa às críticas de Ingeborg Maus ao dizer que este não separa direito e moral, colocando, assim, o juiz como intérprete superior da moralidade da comunidade³⁰⁹:

Se a própria justiça eleva-se, desse modo, à condição de instância moral superior da sociedade, ela é subtraída aos mecanismos sociais de controle aos quais – no campo ideal – todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter. Na dominância de uma justiça que exerce um Direito superior moralmente enriquecido em relação a outros poderes estatais que se ocupam unicamente com o Direito ordinário – e em relação ao resto da sociedade – é notória a regressão ao modelo social pré-democrático de integração³¹⁰.

De fato, Dworkin busca legitimar a atuação da jurisdição constitucional através do que denomina de uma leitura moral da Constituição³¹¹. A legitimação advém da postura de atuação do seu intérprete, na qual Dworkin utiliza a conhecida metáfora do

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. ob. cit. p. 101.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 103.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 11.

³⁰⁹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. ob. cit. p. 18.

³¹⁰ MAUS, Ingeborg. *Ob. Cit.* p. 19.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Juiz Hércules³¹². Isso faz com que se peça ao juiz que encontre a melhor concepção de princípios morais da Constituição³¹³.

A leitura moral da Constituição para Dworkin leva à busca pela resposta correta³¹⁴. É bem evidente, pois, que a resposta correta deva ser entendida como uma procura constante do intérprete. Os erros são admitidos e até tolerados pela teoria de Dworkin³¹⁵, o que mais importa é a realização de uma resposta substantiva à questão constitucional: “[...] em Dworkin, estamos certamente num terreno de racionalidade que se sabe limitada. A postura, e não o método, é determinante”³¹⁶.

Mesmo assim, Dworkin livra os juízes de uma resposta final e definitiva acerca da Constituição³¹⁷. A resposta correta à Constituição é apenas o início do projeto de deliberação pública. É importante dizer, apoiado em Habermas, que a atitude da por busca de uma resposta correta nem sempre garante um resultado correto à interpretação da Constituição³¹⁸. Dessa forma, é que se alia a perspectiva de Dworkin de que não há

³¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³¹³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 16.

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215. Ingeborg Maus critica a concepção de Dworkin de inclusão da moral na jurisdição ao dizer que ela se tornaria a instância moral superior da sociedade subtraindo-se, assim, da crítica e controle de toda a sociedade. Neste sentido, ver MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 18-19. Contudo, seguindo a ordem de ideias de Alexandre Bahia, a crítica de Ingeborg Maus com relação a Dworkin não procede, eis que, por mais que para Dworkin os princípios morais desempenham um importante papel, ao ser introduzido no direito, sua proteção jurisdicional só se dará por meio de argumentos de princípio (BAHIA, Alexandre. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005, p. 11).

³¹⁵ “Dworkin não se incomoda com o risco de que a Corte erre. Falhas acontecem, e a possibilidade do erro, tanto pelo juiz quanto pelo legislador, é simétrica. A Corte alça a discussão para o plano dos princípios. Importam, antes, o compromisso e a atitude, não a resposta” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79).

³¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 120.

³¹⁷ Mesmo para uma teoria como a de Dworkin não deve haver uma resposta final e definitiva para a Constituição, por isso se diz que a própria atitude da busca pela resposta correta é o importante na teoria de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 82).

³¹⁸ Segundo a crítica de Habermas, a legitimação advém não da busca pelo resultado e sim pela possibilidade de autocorreção reiteradamente após a tomada de decisão: “[...] constatamos que só ser tido como legítimo aquilo em torno do qual os participantes da deliberação livre podem unir-se por si mesmos, sem depender de ninguém- portanto, aquilo que encontra o assentimento fundamentado de todos, sob as condições de um discurso racional. Isso não exclui, naturalmente, a possibilidade do falibilismo, pois a busca da única resposta correta não é capaz de garantir, por si mesma, um resultado correto. Somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis”(HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flavio Bieno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 162).(grifo nosso)

palavra final e definitiva da Constituição com a possibilidade de revisão da própria deliberação constitucional.

Em obra mais recente, Dworkin atentando para a legitimidade democrática do *judicial review* estabelece uma ligação com o próprio conceito de democracia. É que os argumentos que determinam fidelidade a uma Constituição moral dizem que os árbitros dela não devem ser somente os juízes. Neste sentir, a democracia deve ser tomada em dois conceitos distintos:

[...] podemos distinguir dois conceitos de democracia, um dos quais certamente justificaria essa queixa, o que o outro já não faria. O primeiro baseia-se na premissa majoritária. De acordo com tal concepção, a essência da democracia é que todas as questões de princípio devem ser decididas pelo voto majoritário: em outras palavras, a democracia é a regra da maioria em sentido pleno. Se esse for o significado da democracia, certamente um modelo de controle de constitucionalidade que confira aos juízes o poder de ignorar os juízos de moralidade política aprovados por uma maioria é antidemocrático. Pensemos, porém, em uma definição diferente de democracia: democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. Em minha opinião, trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas.³¹⁹

Com efeito, este modelo alternativo de democracia é o que Dworkin define como democracia participativa, onde algumas condições prévias para a regra da maioria devem ser respeitadas para se alcançar legitimidade material nas decisões políticas³²⁰. Veja-se, pois, que esta fórmula apresentada de democracia Dworkin se assemelha em muito com o modelo habermasiano, ao menos no tocante ao meio para se alcançar legitimidade no exercício da *judicial review*.

É somente com uma teoria discursiva do direito que a jurisdição constitucional, mesmo em seu sentido mais forte de controle concentrado de constitucionalidade, pode adquirir legitimidade democrática.

Apoiando-se em Habermas, temos que a função de controle concentrado de normas seria função tipicamente legislativa³²¹. A interpretação orientada a valores incursiona no direito argumentos práticos, políticos e morais, próprios do discurso de fundamentação, incompatíveis com o discurso de aplicação próprio do Poder

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 190.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 191.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 313.

Judiciário³²². A jurisdição constitucional, pois, deve partir do caso concreto para decidir os litígios.

En todo caso la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se restringe a la aplicación de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo³²³

A Constituição é aquela que “[...] fija procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida”³²⁴.

A própria Constituição e também a jurisdição que lhe vai interpretar devem seguir a linha discursiva de assegurar o exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos, aberta sempre a pluralidade de nossa sociedade:

Compreendendo a Constituição, fundamentalmente, como a regulação dos processos que, através da interpretação e elaboração de um sistema de direitos básicos, possibilita o exercício discursivo das autonomias públicas e privadas dos cidadãos, a justiça constitucional, no sentido de justiça da Constituição, também, só pode ser interpretada em termos procedimentais, abertos a novas discussões e revisões³²⁵.

A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional advém, portanto, com uma conexão interna entre o sistema de direitos dos cidadãos e com a autonomia política garantida a cada um, somente assim

[...] el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad. Esta política deliberativa está ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a espacios de discusión política que no tienen por qué coincidir con el espectro de la formación de la voluntad política, institucionalizada en los órganos parlamentarios, sino que abarcan también tanto el espacio de la opinión pública política, como el contexto cultural de éste y su base social³²⁶.

³²² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 302.

³²³ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 334.

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 336.

³²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. ob.cit. p.163.

³²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. p. 348.

A política deliberativa em Habermas abrange, pois, o amplo espaço social em que estão contidos os participantes da formação da vontade política estatal. A jurisdição constitucional para se legitimar, portanto, deve garantir a participação de toda a opinião pública política. De modo mais sintético, como exposto por Marcelo Cattoni:

[...] a Jurisdição Constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados por cada decisão, em matéria constitucional, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como “modelo constitucional do processo” (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera) a si mesma³²⁷.

A missão verdadeira da jurisdição constitucional em termos de teoria do discurso é resguardar que os cidadãos sejam destinatários e co-autores da decisão do Tribunal, de forma que a legitimidade advenha da permissão para impor-se no processo deliberativo de decisão judicial também o melhor argumento³²⁸. Somente assim poderá haver uma formação da vontade política também pela Jurisdição Constitucional e fazer com que ela ganhe ares verdadeiramente democráticos.

Também, parafraseando Marcelo Cattoni, não se pode, a pretexto de guardar a Constituição, monopolizá-la³²⁹. A Constituição deve ser encarada como um projeto aberto para toda a sociedade. Seus intérpretes não podem ficar restritos a um pequeno círculo de sábios que teriam a chave privilegiada para seu conhecimento³³⁰.

A forma com que é exercido o controle concentrado de constitucionalidade é que definirá sua legitimidade ou não. Apesar do caráter de suas decisões serem gerais e abstratas, é bem simples que esta não é a mesma coisa que uma norma editada pelo

³²⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido proceso legislativo*. ob. cit. p. 168.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 353.

³²⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). In: *Quinze anos da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 142.

³³⁰ Neste sentido, a já conhecida tese de Peter Haberle. HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.

Poder Legislativo. Seu discurso é sim o discurso de aplicação, onde se aplicariam normas ao caso concreto.

Nesta ordem de ideias, Álvaro Ricardo de Souza Cruz

[...] para que o controle abstrato de constitucionalidade não descambe para um decisionismo puro ou transforme-se numa legislação concorrente, é preciso que haja uma conexão direta entre a Corte Constitucional e o Judiciário Ordinário. Em síntese, o controle abstrato deve subordinar-se ao controle concreto para pretender-se legítimo. Isto é, o controle abstrato poderá funcionar nos limites fixados pela argumentação construída na via concreta com o fim de estabilização das relações jurídicas³³¹.

O que, em síntese, quer dizer o autor é que também neste tipo de controle de constitucionalidade o discurso aplicável é de aplicação.

No mais, em que pese o esforço efetuado pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99 de abertura social do processo dito objetivo com audiências públicas, exames periciais e, até mesmo, a adoção do instituto do *amicus curiae*, temos que a forma como é decidido um processo no controle concentrado é que ditará a legitimidade democrática ou não deste exercício de controle.

3.4. Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito

É necessário, antes de tudo, salientar que está se tratando de uma hermenêutica constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. A noção de paradigma é cunhada por Thomas Kuhn para designar, no campo científico, a visão de mundo compartilhada por uma comunidade científica que, após rupturas gnosiológicas, esta mesma comunidade de *experts* passa a abandonar a “visão” de outrora pela resultante desta revolução. O abandono, entretanto, não significa o completo descaso com as evoluções conquistadas pelo paradigma anterior³³².

Conforme salienta Menelick de Carvalho Netto, tal emprego deste vocábulo apresenta dois aspectos, um positivo e outro negativo:

³³¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 249.

³³² KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Nelson Boeira. 9ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 147 e ss.

Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. É claro que a história como tal é irrecuperável e incomensuravelmente mais rica do que os esquemas aqui apresentados, bem como se reconhece as infinitas possibilidades de reconstrução e releitura dos eventos históricos³³³.

Os paradigmas que são, em geral, reconhecidos na comunidade científica do Direito resumem-se, a partir da modernidade, em paradigma do Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito³³⁴. Configurador desta visão de mundo onde “liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum”³³⁵, é a necessidade de se ter o Direito inserto em um modelo democrático de Estado que reflita sua pluralidade, abertura e participação na vida política³³⁶.

Com os aportes teóricos que aqui são assumidos, o Estado Democrático de Direito deve ser entendido, segundo a teoria discursiva,

como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas³³⁷.

Capaz de assumir a tarefa de integrar vários sistemas, o Direito sob este paradigma não é colocado acima dos demais campos de integração do mundo da vida³³⁸

³³³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. p. 29.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit p. 469-532.

³³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. *Ibidem*. p. 37.

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 523.

³³⁸ Segundo a definição de Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, mundo da vida é “ Termo introduzido por Husserl em *Krisis*, para designar o mundo em que vivemos intuitivamente, com suas realidades, do modo como se dão, primeiramente na experiência simples e depois também nos modos em

(*Lebenswelt*), mas sim articulado e coordenado para fazer com que estes sistema possam integrar-se:

La teórica comunicativa de la sociedad, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación, entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Éste puede actuar de garante en lo concerniente a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión pública basado en la sociedad civil queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable³³⁹.

A comunicação jurídica só servirá, portanto, como *medium* necessário para que as comunicações da sociedade civil passem a se concretizar, e que, ao cabo, possam formar a formação da opinião e vontade públicas³⁴⁰. O paradigma de Direito assumido pela teoria discursiva de Habermas é o procedimentalista, que resulta da superação dos modelos jurídico-liberais e jurídico-sociais³⁴¹. A função jurídica como resultado da superação dos seus similares anteriores é de garantir institucionalmente a formação da opinião e vontade política, através do fluxo comunicativo.

O Direito e o próprio Estado já não podem ser só formais no sentido de que apenas estructurem procedimentos para a formação da vontade. O que lhes caberá é o respeito às visões de mundo de uma sociedade aberta, plural e complexa como a atual, já que não pode, como nos paradigmas anteriores, imporem “ [...]un determinado ideal de sociedad, una determinada visión de la vida buena, y ni siquiera una determinada opción política”³⁴². Seu conteúdo – se se pode assim dizer – é exatamente o respeito ao pluralismo. A caracterização do Estado Democrático de Direito, em relação aos paradigmas anteriores, pode ser realizada em função do respeito ao pluralismo³⁴³, à diversidade como elemento constitutivo da sociedade contemporânea.

que sua validade se torna oscilante”. (ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 689).

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 523.

³⁴⁰ Idem.

³⁴¹ Idem.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob. cit. p. 531.

³⁴³ Marcelo Campos Galuppo assim enfatiza: “Podemos distinguir os três paradigmas do Estado Moderno, a saber, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, dentre outros, pela maneira como tratam o pluralismo. O Estado Liberal pressupunha uma forma de organização social baseada no consenso radical e homogêneo entre os indivíduos que o compunham, desconfirmando, como irrelevante, o dissenso, e impondo um único projeto, a saber, o projeto hegemônico daqueles que controlavam o poder central. O Estado Social, por sua vez, pressupunha que se, materialmente, existiam conflitos entre os projetos dos vários grupos sociais, era no entanto possível eliminar juridicamente estes conflitos, impondo-se um projeto “alternativo” e arbitrário que “corrigisse” as distorções produzidas pelo

Com efeito, o paradigma procedimentalista da teoria discursiva do direito de Habermas leva em consideração não só a autocompreensão dos especialistas no direito, como de igual forma todas as autocompreensões acerca da sociedade e do próprio Direito dos implicados, cada qual à sua maneira, na tarefa de concretização do projeto constitucional³⁴⁴.

É dizer,

[...] a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-constitucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos³⁴⁵.

Levando em linha de conta a magnitude da tarefa de interpretação/concretização³⁴⁶ da Lei Suprema, é que a Constituição Federal de 1988 manteve a competência de todos os juízes para aplicar a Lei Fundamental sobre qualquer norma infraconstitucional³⁴⁷. Mas, mais do que isto, como salienta Lenio Streck “[...] sempre fazemos juízos acerca da (in)constitucionalidade de qualquer ato

poder econômico e anulasse o próprio conflito. Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se inferir na auto-identidade de uma determinada sociedade” (GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p. 53-54).

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. ob.cit. p. 531-532.

³⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. ob. cit. p. 23-24.

³⁴⁶ Ao menos desde Hans Kelsen, não se concebe interpretação e aplicação como atividades distintas, separadas e autônomas, dentro do qual primeiro o interprete fixa o sentido da norma para depois aplicá-la. Em Kelsen, a interpretação é sempre aplicação de uma norma superior. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 387; BACHA E SILVA, Diogo. *Interpretação na teoria pura do Direito: mitos e equívocos da crítica ao normativismo kelseniano*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 64-73, mar. 2012, p. 69-70). Em uma perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer, onde o método já chega tarde pela atuação do *Dasein*, Lenio Luiz Streck: “ Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico” (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. ob. cit. p. 294).

³⁴⁷ Extrai-se essa conclusão pela leitura do art. 97 da Constituição Federal: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

que tenha relevância jurídico-social. E tenhamos claro, no campo da aplicação do direito, sempre fazemos jurisdição constitucional”³⁴⁸. A dimensão da importância da tarefa não pode ficar restrita a um círculo de *experts*. Sempre que se realiza uma atividade jurisdicional, por linha de coerência, já se está fazendo jurisdicional:

[...] não é possível pensarmos em uma jurisdição constitucional restrita às chamadas ações constitucionais e às competências do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, **sendo a Constituição a base de todo o sistema jurídico, não há como compreender uma jurisdição que não seja constitucional: toda jurisdição é constitucional, ou seja, toda interpretação da norma para sua aplicação ao caso concreto deve sempre partir da Constituição e logo adequar-se ao sistema constitucional**³⁴⁹.

E, também, deve-se considerar que o evento de interpretação/aplicação do Direito é sempre um evento único na história, irrepetível por natureza, ante as singularidades do caso, e que o juiz ou intérprete deve levar em conta o conjunto de princípios e regras que afluem daquela situação concreta, em uma atitude de reflexividade dos aspectos jurídicos e fáticos:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto³⁵⁰.

Dessa forma, a interpretação jurídico-constitucional é aplicação da normatividade constitucional em cada situação fática da vida³⁵¹. É a consideração de

³⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Ibidem*. p. 260.

³⁴⁹ MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros. *Jurisdição Constitucional e Federalismo. in. Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: 2009, Editora Del Rey. p. 143,(Grifo nosso).

³⁵⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.. ob.cit.p. 38.*

³⁵¹ Konrad Hesse, nos idos do ano de 1959, profere aula inaugural na Universidade de Freiburg que se transforma em sua conhecida obra *A força normativa da Constituição* em que contrapõe a também conhecida obra de Ferdinand Lassalle, *A essência da Constituição*, cuja tese principal era a de que a a Constituição nada mais é do que os fatores reais de poder que regem a sociedade em uma determinada época, tratando-a como mera “folha de papel” (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: 2010, Editora Lumen Juris.p. 15). Assim, Konrad Hesse observa uma normatividade da Constituição que procura, graças à pretensão eficaz, “[...]imprimir ordem e conformação à realidade política e social”. Desde Konrad Hesse, portanto, que a interpretação, acrescentaríamos no quadro da reconstrução dos fatos concretos, “[...]tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia

que as normas constitucionais procuram imprimir um sentido para os fatos concretos e também destes recebem o caminho indicado para produzirem seus efeitos. Dessa forma, a vontade constitucional de imprimir significado à realidade não pode ficar adstrita a um número determinado de interpretes, nem mesmo a um número restrito de eventos determinados³⁵².

Para os efeitos do presente trabalho a expressão jurisdição constitucional, sobretudo em um Estado Democrático de Direito que respeite a pluralidade social, só pode ter um sentido constitucionalmente adequado. Mas, para se alcança-lo, é preciso desfazer um dos maiores equívocos acerca do entendimento do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988.

O imaginário teórico-constitucional brasileiro tende a considerar o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988 como um modelo misto ou híbrido³⁵³. Assim, o modelo congregaria elementos do *judicial review* norte-americano e da jurisdição concentrada kelseniana:

[...] o sistema de fiscalização jurisdicional brasileiro se mostra efetivamente misto, combinando o controle incidental, em que a questão constitucional consubstancia uma prejudicial (*lato sensu*) ao exame de mérito, com o controle principal, em que a resolução da questão constitucional consiste no próprio objeto do processo³⁵⁴.

A adoção de tal modelo seria, assim, justificada com base em uma suposta eficiência da combinação de ambos os modelos. Elival da Silva Ramos chega mesmo a

condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: 1991, Sergio Antonio Fabris Editor.p. 22-23).

³⁵² Destarte, a conotação dada por Peter Häberle de Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição busca alcançar todos os eventos que, de forma direta ou indireta, procuram dar sentido à vida constitucional. E a formação da vontade constitucional implica na consideração da opinião de todos os implicados neste processo. (HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997).

³⁵³ Segue um breve inventário dos autores que assim consideram nosso sistema: RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250; BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: 2006, Saraiva. p. 64; STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 361;

³⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectiva de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

afirmar que o modelo norte-americano do *judicial review* não seria capaz de levar todas as lesões à Constituição ao crivo do Poder Judiciário:

[...] Com efeito, no controle realizado exclusivamente a título principal, na medida em que a legitimação para provocá-lo, via de regra, é atribuída de modo restrito, sem levar em consideração os interesses pessoais subjacentes à questão constitucional, vêm à tona, mais freqüentemente, impugnações relacionadas ao processo legislativo e ao rateio de competências entre os órgãos de governo ou entre os entes federativos, não se observando a mesma incidência da fiscalização no tocante aos questionamentos com repercussão direta na esfera subjetiva dos sujeitos de direito, como sucede em matéria de direitos fundamentais³⁵⁵.

De outro lado, criticando o modelo europeu de controle de constitucionalidade, exatamente por relegar a um segundo plano a proteção dos direitos fundamentais, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira³⁵⁶:

No Direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que criou a jurisprudência dos valores.

A visão de que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade expressa, ao menos com as modificações ocorridas ao longo da história, uma conjugação entre elementos do modelo europeu e do modelo norte-americano busca a qualquer custo a completude e relega a um segundo plano a política, a história e a sociologia subjacentes à teoria constitucional, nada mais é do que fruto de um ideário positivista que permeia o cenário jurídico nacional. A ingenuidade de tal pensamento chega ao ponto de achar que os legitimados para a deflagração do processo de controle concentrado teriam em todos os casos atitudes altruístas, que sempre estariam em busca do bem comum.

³⁵⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução: ob cit.* p. 251

³⁵⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente?*. In. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001. p. 76.

Há, até mesmo, aqueles que argumentam a existência de uma proeminência do controle concentrado sobre o controle difuso no modelo brasileiro. Gilmar Mendes afirma que a ampliação do rol de legitimados para o controle concentrado enfraqueceu o controle difuso no Brasil:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas³⁵⁷.

O atual modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, em que pese prever algumas ações cujo objeto seja a norma em si mesma, é o difuso, quer seja o mesmo justificado por via da tradição secular de nosso modelo³⁵⁸, pela práxis cotidiana, ou, ainda, pela sistemática jurídico-normativa.

Em outro momento do mesmo texto, o mesmo autor ainda salienta que uma lei pode ser, em abstrato, constitucional, mas ter sua leitura, em visto do caso concreto, inconstitucional:

A jurisdição constitucional significa, hoje, dizer o direito constitucional a todo o momento, ou podemos dizer, promover sempre leituras constitucionalmente adequadas de todo o direito infraconstitucional. Assim, o controle de constitucionalidade é uma forma de dizer a Constituição, mas não a única, pois é possível entender uma lei como sendo em abstrato, constitucional, a qual, no entanto, pode ser interpretada diante do caso concreto contra a Constituição³⁵⁹.

Assim, a jurisdição constitucional em sentido estrito pode significar tanto o exercício do controle de concentrado de constitucionalidade, quanto o exercício do controle difuso de constitucionalidade. Para além do sentido estrito, jurisdição constitucional em um sentido lato pode ser concebida como qualquer atividade discursiva de aplicação do Direito que, dessa forma, deve se submeter aos imperativos

³⁵⁷ MENDES, Gilmar, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: 2009, Saraiva. p. 1104.

³⁵⁸ É preciso aqui advertir, com esteio na doutrina de Gustavo Zagrebelsky, que a história sempre ficou à margem do direito, obnublada pela consciência positivista de nossa época. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 29-31. Se o Supremo Tribunal Federal obedece aos seus próprios julgados – e assim deve ser - porque não obedecer a sua própria história? Com as considerações que o Supremo Tribunal Federal incorpora uma nova hermenêutica, ver BARACHO Jr., José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio (org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 509- 520.

³⁵⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Jurisdição Constitucional e Federalismo*. ob. cit. p. 149.

constitucionais³⁶⁰. Ou seja, qualquer exercício da jurisdição deve ser, nessa medida, constitucional, já que não há interpretação jurídica possível contrária à Constituição. Toda interpretação deve partir do pressuposto da superioridade normativa da Constituição.

Oportuno, pois, que se tenha em mente que a aplicação da Constituição envolve todos os destinatários da normatividade constitucional. Mas, se se pode falar em proeminência de uma forma ou de outra do exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, é de se atribuir ao controle por via incidental, ou seja, aquele realizado em qualquer exercício da atividade jurisdicional. Neste sentir, Marcelo Cattoni:

No Direito brasileiro, o controle por via incidental deve ser compreendido como modo ordinário, assim como o controle por via principal deve ser compreendido como modo especial, de controle jurisdicional de constitucionalidade, não somente por razões históricas, jurisprudencialmente assentadas, mas em função da sistemática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no quadro da Constituição da República. Tal compreensão seria a única que possibilitaria uma visão não excludente ou não incompatível dos dois modos de controle³⁶¹

No sentido restrito, portanto, está colocada a ideia de que apenas órgãos estatais deveriam realizar a hermenêutica constitucional. O Estado Democrático de Direito cobra mais do que isso de nossa sociedade.

A tarefa de preservar o documento que plasma, em um só tempo, a ideologia do Constitucionalismo e da democracia sempre foi vista, como é representado no debate

³⁶⁰ Até mesmo Mauro Cappelletti salienta a importância de cindir o controle jurisdicional de constitucionalidade com o termo jurisdição constitucional: “[...] parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit*” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1999. p. 23. Nesta medida, também: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 366-369. Também Ronaldo Brêtas ao mencionar que jurisdição constitucional tem por finalidade “[...] em noção alargada, como atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 44).

³⁶¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2004. p. 387.

entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, como incumbência de um único órgão estatal, não de uma sociedade inteira.

Contudo, se a Constituição é norma que ordena o projeto político da sociedade e da forma de vida que seus autores e destinatários querem adotar, nada justifica que a guarda da Constituição, como atividade de alta significação político-democrática, fique restrita a um grupo de *experts* que solucionariam todas as controvérsias constitucionais.

Por fim, apenas uma teoria tal como a de Habermas é capaz de recolocar esta prática hermenêutica em seus devidos termos. Só com a consideração de que todos os possíveis afetados pela Constituição, portanto, todos os cidadãos que convivem sob sua normatividade, são verdadeiros intérpretes e capazes, por isso, de conferir verdadeira legitimidade ao exercício da jurisdição constitucional, já que participam ativamente da vida política da comunidade.

IV – POR UMA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Tornou-se discurso comum na teoria jurídica nacional a afirmação de que, hodiernamente, há uma aproximação entre os sistemas jurídicos tradicionais do *civil law* e *common law*³⁶². Olvidando a longa tradição histórica e de formação do próprio pensamento jurídico, autores fundamentam a aproximação entre os sistemas jurídicos a partir dos mais variegados motivos que flutuam ao sabor de suas próprias convicções.

A partir da constatação de que há um aumento no poder criativo da atividade judicial, Mauro Cappelletti chega a falar de um rumo que o *civil law* tem tomado para o *common law*³⁶³. Aliado à consideração de Mauro Cappelletti de um aumento dos poderes judiciais nos países de direito romanístico, Luiz Guilherme Marinoni fundamenta a aproximação entre os dois sistemas a partir da superioridade que a Constituição mantém na ordem jurídica:

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do Legislativo. Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do Legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei, distinto do que lhe deu o Legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou

³⁶² Nesse sentido, Dierle Nunes chega a aduzir que não é mais possível falar que um sistema pertença exclusivamente ao *civil law* ou ao *common law*. (NUNES, Dierle.. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011.p. 57).

³⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, número 3 Milano, Giuffrè, Settembre 1982.

ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law*³⁶⁴.

Tal visão é tributária, pois, de uma visão de centralidade que o Poder Judiciário assume no que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo³⁶⁵. No entanto, ainda que se admita a existência do fenômeno neoconstitucionalista, a fundamentação do autor, Luiz Guilherme Marinoni, para a proximidade entre os sistemas do *civil law* e *common law* acaba por ser mais uma manifestação ideológica na crença do poder judiciário do que uma constatação teórico-acadêmica³⁶⁶.

Com efeito, uma constatação teórica deve levar em conta não outras perspectivas teóricas, mas a conformação dos sistemas jurídicos, do *civil law* e do *common law* no caso, ao longo da história e a respectiva funcionalidade que assume para a teoria do direito. Não basta, pois, a afirmação de que o comportamento dos operadores do direito se vê facilitado pelas pesquisas jurisprudenciais para que se chegue à conclusão de que a própria forma de pensar o direito e ver as suas fontes passaram de um sistema *civil law* para *common law*³⁶⁷.

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. p. 39-40

³⁶⁵ A formulação inicial deve-se a teoria constitucional espanhola, mormente na coletânea publicada por Miguel Carbonell com este título (CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003). Contudo, é preciso afirmar que a doutrina constitucionalista nacional apropria-se da nomenclatura para designar diversas teoria com pressupostos distinto e, até mesmo, incomunicáveis. (NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez., 2011.p. 78-79; no mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009).

³⁶⁶ Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem do texto do autor: “[...]percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do Legislativo. Há apenas cuidado em demonstrar que o princípio da separação dos poderes mantém-se intacto, como se importante fossem apenas os princípios e não a transformação da realidade. Como é óbvio, não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes não mais tem significado ou importância. Deseja-se tão-somente demonstrar que, quando se tenta acomodar a realidade na fôrma das regras, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vezo de acomodar a realidade às regras e aos princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada. São as regras e os princípios que devem adquirir outra conformação, adaptando-se às novas realidades, e não o contrário” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. ob. cit. p. 40-41).

³⁶⁷ Esta é uma leitura um tanto quanto superficial promovida por Sergio Porto: “Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “commonlawlização” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da

No entanto, é bem verdade que atualmente a diferença entre os sistemas jurídicos, *civil law* e *common law*, perde grande parte de seu valor descritivo ao verificar que tanto os ordenamentos jurídicos que adotaram o *civil law* trabalham com precedentes quanto que os ordenamentos jurídicos do *common law* adotam *estatuets*³⁶⁸. Tal não implica, contudo, a completa equiparação entre os dois sistemas jurídicos.

O *common law* é um sistema construído na tradição jurídica inglesa, de caráter fragmentário, em que a principal fonte do direito é, sem dúvida, o costume reconhecido pelos órgãos responsáveis pela aplicação do Direito. Um costume reconhecido judicialmente remete à ideia de precedente e não ao próprio costume, em si mesmo³⁶⁹. Entre uma de suas principais características está o fato de que a própria autoridade que impõe os padrões de comportamento é quem irá também julgar os casos concretos. Neste sentido, assemelhando-se ao direito romano, o *common law* é um sistema de

comunidade jurídica. Realmente, a chamada "commonlawlização" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz" (PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Disponível em: <www.abdpc.org.br>, acesso em: 21/09/2012)

³⁶⁸ "Diversas pesquisas conduzidas em sistemas jurídicos diferentes demonstraram que a referência ao precedente, desde há vários anos, não é uma característica peculiar do regime *common law*, pois está agora presente em quase todos os sistemas, que inclui também o *civil law*. Isto é, de acordo com a distinção tradicional seriam os primeiros sistemas fundados em precedentes, enquanto os segundos sobre a lei escrita não tem atualmente nenhum, admitindo que realmente tiveram no passado, valor descritivo. De um lado, em sistemas de direito civil é corriqueiro o uso extensivo de precedentes, enquanto em sistemas de *common law* há extenso uso da lei escrita, e áreas inteiras do direito são regulamentados a partir da lei escrita, do direito comercial ao direito processual, são realmente "codificado" (Tradução livre). No original: "Ricerca svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche *civil law*. Quindi la distinzione tradizionale secondo la quale i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi sarebbero fondati sulla legge scritta non ha più – ammesso che davvero l'abbia avuto in passato – alcun valore descrittivo. De un lato, invece, nei sistemi di *civil law* si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistema di *common law* si fa ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti – dal diritto commerciale al diritto processuale – sono in realtà "codificate" (TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. in: MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. Mexico: Unam, 2008. p. 795).

³⁶⁹ Conforme disserta Thomas Bustamante: "Quando se fala em 'costume reconhecido', remete-se ao leitor necessariamente à ideia de precedente, e não ao costume em si mesmo considerado, ou seja, independentemente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias. O Direito há de ser buscado em um precedente que tenha resolvido um caso semelhante em termos relevantes ao que se coloca para o intérprete; há de ser normalmente encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação. A *ratio* para decidir não está em uma decisão tomada por ente externo à prática pragmática de observar casos/regularidades e decidir questões particulares, mas na autoridade da mesma que observa essas regularidades e deve impor *standards* ou padrões de comportamento para o caso concreto" (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 4).

desenvolvimento gradual e casuístico, onde as regras são inferidas pelos julgadores a partir dos casos concretos julgados pelos mesmos³⁷⁰.

Não parece correto, de outro modo, a afirmativa de que a fonte suprema de criação do direito em sistema do *common law* seja o precedente, tendo em vista que a regulamentação de determinada área do direito por parte do legislador tem o condão de se modificar ou, até mesmo, derrogar o regramento estabelecido pelos julgadores, resultado do histórico princípio constitucional da soberania parlamentar³⁷¹. No entanto, é bem verdade que o precedente constitui a fonte mais comum do direito, no sentido de que as regulamentações jurídicas são em grande número feitas pelo precedente³⁷².

O principal, sem dúvida, que caracteriza o *common law* é a natureza do material que fundamenta as decisões judiciais. As decisões não se fundam em apenas um texto, como no caso do direito legislado, mas em diversos textos, implicando na necessidade de argumentação discursiva do juiz para se chegar ao resultado pretendido:

[...] el punto de partida con el *Common Law* significa que la naturaleza del material sobre el que se construyen muchas decisiones judiciales inglesas difiere radicalmente de aquellos sistemas jurídicos cuya base es legislativa. En efecto, el lugar de inicio no se halla en un texto único –cualquiera sea su extensión o vaguedad– sino que en diversos textos, esto es, en una recopilación de sentencias que abarcan un período que con frecuencia se remonta dos siglos atrás y a veces más. Asimismo, la clase de texto de una sentencia inglesa desde luego se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, siendo aquel por lo regular discursivo o argumentativo, en el cual el juez o los jueces sopesan las consideraciones en pugna identificadas en los casos previos para alcanzar su decisión. Incluso, si un juez busca exponer el Derecho en una o varias proposiciones, estas palabras, por sí solas, carecen de toda fuerza, salvo (*inter alia*) en su respectivo contexto jurídico y fáctico. Esto reafirma la idea de que las resoluciones anteriores no son simples toques en un cuadro puntillista más amplio (a pesar de que un jurista inglés siempre debe retroceder para apreciar una área del Derecho), porque los textos de las sentencias intentan explicar por sí mismos su relación con lo que ha ocurrido antes y, en algunas oportunidades, con lo que puede suceder con posterioridad³⁷³.

Mas, afinal, o que é precedente? Qual o motivo para se reconduzir nosso ordenamento ao *common law* com base no fato da adoção de diversos institutos típicos dos ordenamentos do direito comum? E, o principal, por que há de se falar em uma teoria dos precedentes judiciais? Qual a consequência que trará uma teoria dos precedentes para o controle concentrado de constitucionalidade?

³⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Ibidem*. p. 5.

³⁷¹ WHITTAKER, Simon. El precedente em el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n. 1, pp. 37-83, 2008. p. 42.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ WHITTAKER, Simon. El precedente em el derecho inglés. *ob. cit.* p. 44.

O precedente é sempre um evento ocorrido no passado que tenta orientar a conduta do presente³⁷⁴. É também considerado uma forma de argumentação jurídica analógica³⁷⁵. Vale dizer, um precedente é uma obrigação do julgador de tomar a mesma decisão (ou decisão similar) que foi tomada anteriormente, em situação similar ou idêntica³⁷⁶.

Mas, para se aplicar uma decisão tomada no passado em situação do presente, é preciso uma tarefa de interpretação reconstrutiva dos fatos que ocorreram com a situação presente³⁷⁷. Em sentido oposto, Thomas Bustamante assevera que a atividade do aplicador de um precedente é sempre interpretativa abstraída das questões fáticas e que, por isso mesmo, pode ser feita por um observador, e não somente por um participante do discurso jurídico³⁷⁸. No entanto, como salientamos acima, a tarefa de aplicação do precedente é uma reconstrução fática que leva em consideração os fatos na *vexata quaestio* e que dependerá exclusivamente da reconstrução feita por cada um dos participantes. Em sentido semelhante, e atribuindo a doutrina do precedente à natureza contraditória do processo civil inglês, Simon Whittaker:

[...] la fuerza obligatoria del precedente está inextricablemente conectada con los problemas jurídicos enfrentados por el tribunal que debe resolver y con su relación con los hechos de la causa. En mi opinión, existe aquí un importante vínculo entre la naturaleza del proceso judicial, por un lado, y la naturaleza y el tratamiento del precedente inglés, por el otro. La concepción tradicional del proceso civil inglés combina las ideas del carácter contradictorio de las partes y de la pasividad relativa del juez. Una de las consecuencias de esto es que son las partes quienes, mediante sus alegaciones, deben definir los

³⁷⁴ “Um precedente é um evento passado - na jurisprudência, evento passado é quase sempre uma decisão - que servem como guia para a ação presente. Nem todos os eventos passados são precedentes. Muito do que fizemos no passado rapidamente se desvanece na insignificância (ou é melhor esquecer) e não orientar a ação futura em tudo. Entender o precedente, portanto, exige uma explicação de como os acontecimentos passados e ações presentes passam a ser vistas como ligadas”(tradução livre) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1). No original: “A precedent is a past event - in law the event is nearly always a decision - which serve as guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all. Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected”.

³⁷⁵ DUXBURY, Neil. *Ibidem*. p. 2.

³⁷⁶ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, n. 39, p. 571- 605, 1987. p. 573.

³⁷⁷ “Note-se que a decisão baseada em precedente enfatiza o fato antes lidado com a situação atual” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *ob. cit* p. 3).

³⁷⁸ “A atividade do aplicador do Direito, nesse terreno, é uma atividade reconstrutiva, uma atividade de interpretação das decisões judiciais para o fim de aplicá-las como precedentes na solução de casos futuros. É tarefa predominantemente descritiva que pode, em certo sentido, ser desenvolvida por um observador; e não necessariamente por um participante do discurso jurídico, pois busca-se descobrir quais são as premissas normativas – ou simplesmente normas – que podem ser extraídas das decisões capazes de gerar precedentes judiciais” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. *ob. cit.* p. 282).

problemas fácticos y jurídicos que disputan y que el tribunal tiene que dirimir³⁷⁹.

Sintetizando, o compromisso de tomar decisões de acordo com o passado faz com que o direito se comprometa a tomar decisões não apenas corretas quanto aos resultados futuros, mas a desenvolver uma forma específica de raciocínio jurídico, que se volta para o passado com o olhar no presente. Mais importante é que o recurso ao precedente é uma forma de argumentação jurídica que se atém à interpretação do direito e à sua justificação³⁸⁰.

Reformas constitucionais e legislativas em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas conheceram a entrada de institutos estranhos à tradição do *civil law* inspirados, sobretudo, na valorização do precedente oriundos do *common law*. Basta ver, por exemplo, a edição da emenda constitucional n. 45/04 que institui entre nós a denominada súmula vinculante, as inúmeras reformas legislativas do Código de Processo Civil que instituíram as denominadas súmulas obstativas de recurso ou, ainda, deram poderes ao relator para prover ou improver monocraticamente recurso quando haja súmula ou jurisprudência dominante³⁸¹. O ponto em comum dessa reformulação

³⁷⁹ WHITTAKER, Simon. El precedente em el derecho inglés. ob.cit. p. 47.

³⁸⁰ O mesmo autor argumenta que a interpretação do Direito e, correlatamente, sua justificação está sempre conectado ao problema concreto. Portanto, vai o autor buscar suas premissas teóricas em Theodor Viehweg que, em linhas breves, resgata o pensamento tópico problemático para o mundo jurídico. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. ob. cit. p. 796. Ver, pois, VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Imprensa Nacional, 1979.

³⁸¹ Assim, a Emenda Constitucional acresceu o art. 103-A para instituí-la: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Na mesma medida, tal disposição constitucional foi regulamentada pela Lei 11.417/06.

As súmulas impeditivas de recursos e o incremento no poder dos relatores foram incluídos no art. 557 do CPC pela Lei 9.756/98: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

legislativa é a crença no poder do texto. A fé no fato de que os textos podem fechar a interpretação e, conseqüentemente, resolver os problemas numéricos da justiça.

Também os precedentes são textos e, tal qual nos ensina Gadamer, necessitam de interpretação. As normas são o resultado da interpretação dos textos, não os textos em si mesmo é que serão o resultado da interpretação. Norma é o sentido interpretativo do texto, no que não há uma diferença entre ambos³⁸². Tal crença no poder dos textos é oriunda do pensamento positivista exegético³⁸³.

A função dos precedentes, ao menos em seu sistema jurídico paterno do *common law*, não é a redução quantitativa dos litígios³⁸⁴. Michael Gerhardt lista uma série de funções que o precedente pode assumir na decisão de litígios constitucionais³⁸⁵. A mais importante delas é, sem dúvida alguma, servir de argumentação jurídica e, dessa forma, resolver os litígios apresentados concretamente, aliás, tal é a razão para os quais os precedentes foram criados.

A invocação ao princípio da igualdade como fundamento para a adoção dos institutos do *common law*³⁸⁶ cai no equívoco de considerar que, tanto lá como cá, estes

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

³⁸² “[...] quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo”(STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.279).

³⁸³ Há dois recentes textos em que Alexandre Bahia denuncia nossa crença de que textos jurídicos seriam a panaceia para os males que infligem a operacionalidade do sistema judicial. Assim, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo - Repro*, ano 37, n. 206, abril 2012, p. 359-379; também, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe (orgs.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 15-37.

³⁸⁴ Apenas a título de curiosidade, mesmo que se possa falar que a valorização dos precedentes reduza a morosidade da justiça, não é possível se falar que justiça é rápida é justiça melhor. Neste sentido, inclusive com uma análise das reformas legislativas o texto de Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 44).

³⁸⁵ O autor cita, no mínimo, onze funcionalidades dos precedentes. Os precedentes podem, portanto, servir como: uma modalidade de argumentação; para resolver disputas envolvendo órgãos constitucionais; como uma forma de constranger cortes inferiores; formular agendas políticas; para facilitar o diálogo constitucional; modificar as estruturas constitucionais; também para estabelecer a história constitucional; para educar constitucionalmente a nação; uma força simbólica; unir a identidade nacional; e, por fim, para implementar os valores constitucionais. (GERHARDT, Michael J. *The Power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 147-176).

³⁸⁶ Conectando o respeito ao precedente ao princípio da igualdade, MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre->

servem ao mesmo propósito. Sem adentrar no mérito do que seja o princípio da igualdade, sabe-se que o princípio da igualdade já não comporta mais apenas seu aspecto negativo (isonomia), incorporando também seu aspecto positivo (direito à diferença)³⁸⁷. Por isso que a padronização decisória deve ser bem entendida de acordo com sua origem.

Edward RE, por exemplo, diz que o *stare decisis*, núcleo da padronização decisória nos sistemas de *common law*, visa conciliar dois projetos aparentemente paradoxais, quais sejam, a estabilidade e a mudança:

A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com um razoável grau de certeza quanto às conseqüências jurídicas de seus atos. A mudança implica numa variação ou alteração daquilo que está fixo ou estável. Sem mudança, no entanto, não pode haver progresso³⁸⁸.

A lógica de que um julgamento destoante que um tribunal inferior profere em relação ao tribunal superior acaba por trazer desigualdade e, por corolário, injustiça diante do caso em concreto, não leva em conta que o precedente no sistema do *common law* toma em consideração a reconstrução histórica do caso concreto para se alcançar, a partir do contraditório produzido no processo, a justiça, não uma justiça padronizada já

01-04-2011-a-30-06-2011/120-o-precedente-na-dimensao-da-igualdade>. Acesso em: 13-Nov-2012>. Sobre o princípio da igualdade perante a lei e o instituto da repercussão geral, chamando de função uniformizadora que teria este novo instituto, tem-se a opinião de Bruno Dantas na qual há: “[...] conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, mediante a uniformidade da aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 261. Ainda, contrariamente à divergência jurisprudencial, e mencionando que a súmula vinculante traria certeza jurídica/ igualdade na aplicação do direito, a obra de Rodolfo Camargo Mancuso, (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001). Por fim, tem-se o pensamento de Celso de Albuquerque Silva exatamente no tema de nosso trabalho de que o efeito vinculante traria, da mesma forma, tratamento semelhante para situações iguais: “[...] o efeito vinculante, ao implicar que as cortes inferiores julguem de conformidade com o que foi decidido pelas cortes superiores, coarcta a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes, garantindo uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência nas decisões judiciais e reforçando, diuturnamente, o princípio da igualdade, direito fundamental da pessoa e condição *sine qua non* de qualquer teoria pública de justiça” (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005).

³⁸⁷ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e THEODORO JR., Humberto. Processo. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro- Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* 2010, Repro 189, p. 09-52, jul./dez., 2011. p. 25.

³⁸⁸ RE, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287.p. 282.

que se transformaria em injustiça concreta, mas sim uma justiça concretizada³⁸⁹ como decisão “correta”, conforme em Habermas.

De qualquer modo, podemos dizer que temos muito a aprender com o *common law*. O diálogo entre sistemas jurídicos diversos não pode ser obstado, a princípio. Antes mesmo de aplicarmos seus institutos de forma acrítica e apressada, tal como vêm fazendo os tribunais e grande parte da doutrina, é preciso entender seu processo de produção e incorporação e sua funcionalidade nestes sistemas jurídicos. Neste sentido, Dierle Nunes aduz que “[...] temos muito a aprender com a tradição do *common law* antes de nos valer de seu modo de aplicação, de forma completamente atabalhoada e mecânica, como os Tribunais e juízes brasileiros vêm, com recorrência, fazendo”³⁹⁰.

Creemos que o maior aprendizado que poderíamos obter com o *common law* esteja naquilo que Michele Taruffo indica como um aspecto relevante do pensar por precedente, isto é, que este venha influenciar sobretudo na argumentação jurídica no sentido de que o precedente é sempre uma norma jurídica formulada a partir do caso concreto:

Surge uma questão que não é menos óbvia, mas tampouco irrelevante e que faz com que o precedente influencie a estrutura da argumentação jurídica. Isto está relacionado com o fato de que o precedente é sempre uma decisão sobre um caso concreto, de modo que o significado de norma legal utilizada como um critério de decisão é "concretiza-lo" para servir a solução do processo: o precedente não é compreendido se a interpretação da regra para este caso aplicado não é diretamente relacionado com as subespécies específicas do que foi decidido. Por um lado, a correlação entre o precedente e a regra geral que interpretação implica que o padrão de ser lido à luz de sua atual ou eventual aplicação a casos específicos³⁹¹.

³⁸⁹ Whittaker ainda critica a transposição acrítica dos métodos de solução do *stare decisis* lembrando que é um processo decisório muito mais complexo do que se pode imaginar: “[...]ellos intentan comprometerse con los diversos enfoques, técnicas, principios y consideraciones descubiertas en los litigios previos y evaluar sus argumentos de fondo. De este modo, el proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al *stare decisis* y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí” (WHITTAKER, Simon. El precedente em el derecho inglés ob. cit. p. 77).

³⁹⁰ NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.p. 179.

³⁹¹ TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenzia. ob. cit.p. 796. No original: “Vi è ulteriore aspetto, forse meno evidente ma non meno rilevante, sotto Il quale Il riferimento al precedente influisce sulla struttura dell’argumentazione giuridica. Esso attiene Allá circostanza Che poiché Il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regolla giuridica usata come criterio di decisione venga “concretizzato” per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l’interpretazione della norma che in esso stata applicata non viene conessa

Destarte, o melhor aprendizado que teríamos com o sistema jurídico do *common law* é interpretar o direito a partir das circunstâncias do caso concreto, ou seja, o olhar do julgamento do jurista deve ser feito com os fatos concretos apresentados à sua intuição.

Muitos propugnam por uma formulação de teoria dos precedentes em nosso ordenamento jurídico. Além, claro, de permitir a distinção entre precedente, caso julgado, jurisprudência, súmula vinculante, etc, a teoria do precedente permitiria a construção do direito a partir da análise das circunstâncias que envolvem o caso, vez que não há construção do direito destituído do caso em que está circunscrito.

Uma aplicação mecânica e objetiva do precedente, como adverte Lenio Streck, esconde as circunstâncias específicas do caso: “[...] enunciados (pautas gerais) escondem o aparecer das singularidades dos casos (situação concreta). Uma pauta geral, nas suas variadas formas, aplicada objetivamente, leva ao obscurecimento da singularidade do caso”³⁹². Nesta medida, uma teoria dos precedentes judiciais da forma como é feita em países do *common law* poderia nos fazer aproximar o pensamento jurídico dos fatos concretos, afastando-nos, assim, de uma interpretação jurídica desvinculada dos pressupostos materiais que lhe deram origem³⁹³.

Segundo a tradição norte-americana, conforme explana Michael Gerhardt, há uma teoria fraca e uma teoria forte dos precedentes judiciais. Pela teoria fraca, a Corte deve pouca ou nenhuma deferência aos precedentes. Já pela teoria forte, o precedente assume a posição de mais significativo critério interpretativo para o direito³⁹⁴. Tanto uma como outra teoria, entretanto, necessitam da reconstrução do caso para serem aplicadas. Isto é, ambas necessitam reconstruir o caso para o qual o precedente foi decidido.

direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. Per un verso, la correlazione tra il precedente e una norma generale che si intende interpretare implica dunque che la norma venga letta alla luce della sua attuale o eventuale applicazione a casi concreti”.

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas, ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, nº5 – Out/Dez 2008, p. 162-185. p. 171.

³⁹³ Segundo as críticas levantadas por Rafael Simioni às súmulas vinculantes que podem muito bem serem transpostas para a aplicação mecânica de precedentes: “O problema da desvinculação dos contextos materiais de aplicação nos diz que toda interpretação de um texto normativo só pode ser realizada em concreto. Quer dizer, não há como se interpretar um texto em abstrato, porque o sentido normativo de um texto sempre pressupõe, no mínimo, uma ilustração da sua possibilidade de aplicação. Não há como se interpretar um texto normativo sem pressupor, pelo menos, a possibilidade de sua aplicação” (SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>.

Acesso em 24.09.2012)

³⁹⁴ GERHARDT, Michael J. *The power of precedente*. ob. cit. p. 47.

No específico caso da interpretação constitucional, a diferença entre os sistemas *civil law* e *common law* tendem a fazer com que o processo de decisão na jurisdição constitucional seja mais dedutivo, na primeira hipótese, e mais indutivo na segunda hipótese, conforme a decisão se dê na fiscalização concentrada ou concreta, conforme aduz Michel Rosenfeld:

Atrás do contraste entre fiscalização abstrata e concreta esconde-se a diferença entre a decisão no *civil law* e na *common law*, reforçando a impressão de que a *judicial review* europeia é inerentemente mais política do que sua contraparte americana. Tradicionalmente, a decisão no *civil law* era supostamente um esforço dedutivo; a decisão no *common law*, por outro lado, desenvolveu-se como mais abertas empiricamente, através do processo indutivo³⁹⁵.

Nessa medida, e para o que importa para os termos do trabalho, uma teoria dos precedentes judiciais desenvolvida sob o pálio da tradição jurídica do *common law* permitirá ver não apenas o precedente em seu aspecto formal, mas, sobretudo, abrirá o raciocínio e a argumentação jurídica para uma dinâmica mais aberta para os fatos.

É que, conforme nos ensina Castanheira Neves, não se pode cindir questões eminentemente jurídicas longe da existência dos fatos concretos da vida que lhe dão suporte:

Ao considerar-se a questão-de-fato; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: "para dizer a verdade o "puro fato" e o "puro direito" não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto³⁹⁶.

Somente um pensamento subsuntivo-normativo – ultrapassado ao menos desde Kelsen – pode ainda descrever a diferença entre fatos e direitos. Em outra passagem, Castanheira Neves critica severamente tal posição a partir da consideração de que o direito é uma solução:

³⁹⁵ No original: “Behind the contrast between abstract and concrete review lurks the difference between civil law and common law adjudication, reinforcing the impression that European constitutional review is inherently more political than its American counterpart. Traditionally, civil law adjudication was supposed to be a narrowly circumscribed deductive endeavor; common law adjudication, on the other hand, developed as a more open-ended empirically grounded inductive process” (ROSENFELD, Michel. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast. International Journal Constitutional Law*. 2004, p. 633-668. p. 638).

³⁹⁶ NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto; questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 55-56.

[...]o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida (...); não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. (...) Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-subsuntivo é agora uma evidência. Não é "o direito" que se distingue de "o fato", pois o direito é a síntese normativo-material em que o "facto" é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecermos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte³⁹⁷.

Com efeito, a importância de uma teoria dos precedentes judiciais tem relação com a forma com que vem se decidindo em nosso país.

A problemática da aplicação de uma lei declarada inconstitucional teve em sistemas jurídicos díspares, soluções igualmente diferentes. Países que não adotam o tradicional *stare decisis* do controle difuso norte-americano, reservam a um órgão especial – em geral são os chamados Tribunais Constitucionais – o poder de invalidar e com efeitos *erga omnes* a lei inquinada do vício de inconstitucionalidade. São os casos da Alemanha, Espanha e Itália, para citar os mais tradicionais³⁹⁸.

Nos países que adotam o controle difuso, o *stare decisis* poderia solucionar o problema, já que a decisão da mais alta corte de justiça constringe as instâncias inferiores, através do precedente, a seguir a orientação dela³⁹⁹.

Problema surge, então, em países como o nosso em que há a junção entre os dois modelos de controle de constitucionalidade. A problemática é maior ainda quando se constata que, em processos de controle concentrado de constitucionalidade, a Suprema Corte implementa institutos jurídicos da tradição do controle difuso, conforme a seguir trataremos.

Neste sentido é que há necessidade de se estudar uma teoria dos precedentes judiciais e os efeitos das decisões em controle concentrado, para que não sejam imiscuídas duas tradições diferentes e transforme a Suprema Corte em um soberano onde cada decisão sua instaure um estado de exceção.

4.1.Desdobrando um precedente

³⁹⁷ NEVES, Castanheira. *Ibidem*. p. 58.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. p. 78.

³⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Ibidem* p. 80.

A tradição jurídica do *common law* para corretamente aplicar uma decisão costuma estabelecer a diferença, sem a qual não é possível aplicar o precedente, entre *obter dicta* e *ratio decidendi*. Quiçá por nos faltar essa diferença, muitas das aplicações dos precedentes por parte dos tribunais inferiores seja feita de forma errônea e equivocada.

Primeiramente, considerar-se-á o conceito de *obter dicta* para só então passarmos ao ponto que interessará fundamentalmente para a descoberta da transcendência dos motivos determinantes em controle concentrado de constitucionalidade que é o da *ratio decidendi*.

4.1.1. *Obter dicta*

A motivação ou fundamentação de uma decisão judicial é, para Michele Taruffo, a estrutura discursiva realizada pelo juiz ou Tribunal dentro de um procedimento comunicativo iniciado por estes, com o intuito de informar as partes e o público em geral, aquilo que pretende expressar⁴⁰⁰. Por comunicação discursiva que é, a motivação não pode ser entendida, exceto por comodidade, como signo linguístico dotado de sentido próprio. A motivação, enquanto discurso, sempre poderá cindir-se em sua autonomia estrutural⁴⁰¹.

Nesta medida, sobressai a importância dos denominados, pela tradição do *common law*, de *dictum* ou *obter dictum*, ou seja, todas as coisas ditas de passagem em uma decisão. Refere-se, pois, tais termos àquelas argumentações ou proposições jurídicas que não se constituem em *ratio decidendi*. Ou seja, a definição do que seja um *dictum* ou *obter dictum* é feita pela dependência da própria definição da *ratio decidendi*.

De certa forma, *dictum* ou *obter dictum* é um conceito formulado negativamente. Segundo Marcelo Alves Dias de Souza, as coisas ditas de passagem quase não possuem eficácia persuasiva:

Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obter dictum* é uma proposição de

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 116.

⁴⁰¹ TARUFFO, Michele. *Ibidem*. p. 117.

Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva⁴⁰².

Parece-nos, pois, que as coisas ditas de passagem, conquanto não possam ser consideradas integrantes essenciais da fundamentação jurídica do caso concreto, assumem relevância na medida em que determinam a *ratio* jurídica do caso. Nessa esteira, Michele Taruffo ao mencionar a finalidade e aduzir que *obter dictum* são:

[...] todas essas reivindicações e argumentos encontrado nos fundamentos do acórdão, mas, no entanto a sua utilidade para a compreensão da decisão e os seus motivos, não constitui uma parte integrante da base jurídica da decisão. Esta distinção pode ser difícil de perceber na prática, mas é essencial, em como ela ajuda a entender como apenas através de referência direta aos fatos do caso pode determinar a razão jurídica eficaz decisão, ou seja, que a relação só pode ser eficaz acima. O *obter dicta* não têm eficácia e não pode ser invocada como precedente em casos posteriores a decisão, pois eles não condicionam a decisão do caso anterior⁴⁰³.

Com efeito, segundo a definição dada por Marcelo Alves Dias de Souza *obter dictum* seria sempre uma proposição jurídica que não constitui a razão de decidir do caso em questão. Já a definição alhures de Michele Taruffo traz *obter dictum* como uma referência fática da decisão que permitirá descobrir a fundamentação jurídica do caso concreto submetido à apreciação.

De qualquer sorte, ambas as teorias afirmam que *obter dictum* seria argumentações que não servem para justificar a decisão: “por *obter dictum* se entende, ao contrário, a consideração desenvolvida a propósito do caso decidido sem que esta descenda, direta e necessariamente, a decisão. Os *obter dicta* podem representar, mais do que tudo, um aporte conceitual, mas não constituem precedente em sentido próprio”⁴⁰⁴. Se há uma persuasão nessas argumentações, esta deve ser verificada dentro

⁴⁰² DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 140.

⁴⁰³ No original: “[...] tutte quelle affermazione ed argumentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione. Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la *ratio* che soltanto può avere efficacia di precedente. Gli *obter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore”(TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. in: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamúdio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. Mexico: Unam, 2008. p. 801).

⁴⁰⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 149.

do contexto da decisão. Segundo Michele Taruffo, as *obter dictum* são enunciados que o juiz realiza fora da estrutura justificativa do discurso decisório, são

[...] afirmaciones de principio, de discusiones teóricas, de la confutación de eventuales objeciones, de la remisión a normas, a principios jurídicos o a reglas éticas y de sentido común, que comparten el hecho de no estar insertos funcionalmente dentro de una argumentación directamente dirigida a justificar una aserción o decisión específica. [...] el *obter dictum* sirve para colocar la decisión, o algunos de los enunciados en los cuales aquella se expresa, en un determinado orden de ideas, de principios y de valores, sobre los cuales se presupone la existencia del acuerdo de aquellos a quienes está dirigida la motivación⁴⁰⁵.

Para os efeitos do presente trabalho que propomos, as coisas ditas de passagem, ao se referir à matéria fática e jurídica, servem para indicar a direção daquilo que a teoria do *common law* se referiria como *ratio decidendi*. Servem, pois, como norte diretor para a fixação da razão jurídica que determinaria a solução do caso em determinado sentido específico, “o *dictum* é apenas uma observação ou opinião” com conexão com a aplicação jurídica feita pela *ratio*⁴⁰⁶.

4.1.2. *Ratio decidendi*

A vinculação de um precedente, segundo a tradição jurídica do *common law*, é feita a partir da distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*. A regra do *stare decisis*, de que os precedentes devem ser seguidos pelas cortes inferiores, significa que as cortes devem seguir a *ratio decidendi* do caso que foi julgado. Portanto, determinar o que significa uma *ratio decidendi* é questão de fundamental importância para uma teoria dos precedentes judiciais.

A definição do que seja *ratio decidendi*, mesmo na teoria jurídica norte-americana, não é feita sem dificuldades. Com base em tal afirmação, Thomas Bustamante afirma ser um conceito fadado a ser sempre indeterminado enquanto prevalecer a teoria positivista de que é a autoridade judicial quem define a importância do caso⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 290.

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luis. Súmulas, vaguezas e ambiguidades. ob. cit. p. 166.

⁴⁰⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. ob. cit.. p. 259.

Apesar da dificuldade, parece haver certo consenso de que *ratio decidendi* é a parte vinculante da decisão caracterizada como a regra, o princípio, ou a própria razão estabelecida no caso concreto. Embora se diga que há dúvidas se os princípios que baseiam uma decisão são os mesmos que o juiz ou Tribunal se baseará posteriormente em outro caso⁴⁰⁸. Nicola Picardi define que a *ratio decidendi* é a argumentação jurídica, sendo esta o fundamento da decisão judicial⁴⁰⁹.

De outra forma, Marcelo Alves Dias de Souza lista as definições mais comuns do que seja uma *ratio decidendi*. Incluindo-se em seu conceito, segundo o autor, a resposta explícita da questão de Direito; a resposta explícita dada à questão do caso; a resposta implícita à questão de Direito; a implícita resposta à questão do caso e a regra de Direito citada como autoridade para casos posteriores⁴¹⁰.

Várias são as teorias que tentaram, de uma forma ou de outra, responder à indagação da intrincada questão do que seja uma *ratio decidendi*.

Segundo a Teoria de Eugene Wambaugh, *ratio decidendi* é uma proposição necessária para a decisão. A *ratio decidendi* de um julgado seria a premissa maior aristotélica, ou seja, a regra jurídica que determinará à premissa menor (fatos) uma conclusão/decisão em determinado sentido⁴¹¹. Dessa forma, ela limitar-se-ia à matéria jurídica debatida em um caso concreto. Matéria jurídica que fará com que se decida de uma determinada forma.

Um dos mais importantes estudos na conceituação de *ratio decidendi* é a teoria formulada por Arthur Goodhart em estudo datado de 1930⁴¹². Para este autor, o importante para a descoberta da *ratio decidendi* de um caso são os fatos considerados fundamentais para o caso de acordo com o julgador e a decisão de que decorre destes fatos⁴¹³. Ou seja, o juiz para aplicar um precedente deve determinar quais são os fatos que este considera fundamentais e que determinam a conclusão em um sentido ou outro. Nesta esteira, segundo o autor, para que se estabeleça quais são os fatos fundamentais, é necessário que o juiz exclua aqueles considerados não fundamentais, realizando uma operação de inclusão e exclusão⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. ob. cit. p. 78.

⁴⁰⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Ob. cit. p. 149.

⁴¹⁰ DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante* ob. cit. p. 126.

⁴¹¹ DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. ob. cit. p. 127.

⁴¹² GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. *Yale Law Journal*, 40, 1930, p. 161-183.

⁴¹³ DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. ob. cit. p. 130.

⁴¹⁴ “Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão” (tradução

Ainda, segundo Goodhart, *ratio decidendi* não é encontrada nas meras *opinion*, nem nas regras jurídicas apresentadas nas argumentações ditas de passagem, de forma a não se levar em consideração todos os fatos apresentados no caso concreto para se determinar a razão de decidir⁴¹⁵.

De outro lado, Neil MacCormick apresenta a *ratio decidendi* como a resposta de uma questão genérica do Direito para o caso concreto sob litígio apto a gerar universalização para aplicar-se em casos futuros, ainda que tal resposta seja dada implicitamente⁴¹⁶.

Não se levantam dúvidas acerca da necessidade de se determinar a *ratio decidendi* de um caso. A questão importante, segundo nos parece, é para se levar a sério o estudo dos precedentes judiciais. Mais do que isso, o conceito de *ratio decidendi* “permite-nos ver como os tribunais muitas vezes se consideram obrigados a contar com precedentes, mesmo quando eles não veem nenhuma obrigação de seguir”⁴¹⁷. A importância da distinção é saber ler os precedentes, coisa que nossa tradição jurídica necessita com urgência.

A leitura de um precedente não pode ser feita de forma concatenada e lógica, como querem as teorias que trataram de estabelecer um método para encontrar a *ratio decidendi*. Ainda quando seja um importante conceito para jogar luz sobre o caso anterior, temos que o processo de construção do direito é algo além de uma operação lógica.

Dworkin, por exemplo, apresenta a metáfora da novela em cadeia para demonstrar como o processo de decisão deve levar em consideração os julgados anteriores de acordo com um modelo de integridade e coerência⁴¹⁸. Nesta empreitada, cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu do romancista anterior para fazer um novo capítulo. Nesta medida, tal como em sua metáfora, o direito exige do intérprete que leve em conta a interpretação das decisões tomadas anteriormente.

livre). No original, “In finding the principle it is also necessary to establish what facts were to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion”(GOODHART, Arthur. *Ibidem*. p. 182).

⁴¹⁵ GOODHART, Arthur. *Idem*.

⁴¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 106-107.

⁴¹⁷ No original, “[...]enables us to see how courts often consider themselves obliged to reckon with precedents even when they see no obligation to follow” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedents*. ob. cit. p. 92).

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. trad. Jafferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 276.

Conforme se vê na conhecida metáfora de Dworkin, os juízes anteriores não predeterminam os passos que devem seguir o juiz posterior, já que a tarefa de interpretação do direito passa pela reconstrução dos princípios expostos pelos precedentes judiciais em casos anteriores, seja para reiterá-los ou para modificá-los em casos futuros⁴¹⁹, bem diferente do que acontece com os efeitos que pretendem para as súmulas e efeitos vinculantes, dentre outros mecanismos.

Não se deve, como nos ensina Thomas Bustamante, fazer uma rígida dicotomia analítica entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para estabelecer a distinção entre parte vinculante e parte não vinculante da decisão judicial. Por isso, é melhor, segundo o autor, falar em *rationes decidendi* em vista da multiplicidade de fatores que influenciam a decisão:

Como a questão da força ou vinculatividade dos precedentes é uma questão de graus, prefiro, ao invés de contrapor os conceitos de *ratio decidendi* e deixar para um momento posterior a decisão acerca da força ou da eficácia de cada *ratio* ou norma adscrita invocada como precedente judicial no discurso jurídico⁴²⁰

Em verdade, querer reconduzir a fundamentação jurídica a uma única razão de decidir é empobrecer o discurso jurídico. Com efeito, é bem pertinente a visualização de várias *rationes* em um caso julgado. É que as interpretações das decisões judiciais devem levar em conta a reconstrução do caso concreto com suas específicas circunstâncias.

Por isso é que o conceito de *ratio decidendi* formulado por Goodhart é o mais adequado para o sentido específico do presente trabalho, ou seja, de que a *ratio decidendi* vai ser formulada a partir da análise concreta do caso que se transformou em um precedente. De outra forma, não é possível, como quer Thomas Bustamante,⁴²¹ operar o conceito de *ratio decidendi* a partir das premissas normativas do caso, já que

⁴¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. ob. cit. p. 269.

⁴²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. ob. cit. p. 277.

⁴²¹ “A reconstrução da *ratio decidendi* – isto é, das regras adscritas que têm força de precedente – deve ser, portanto, uma elucidação das premissas normativas tomadas como etapas da justificação de uma decisão judicial. Parece adequado, nesse sentido, um modelo exegético de reconstrução das normas a partir da interpretação das decisões judiciais. [...] Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. ob. cit. p. 277-278).

este modelo implica na adoção de uma teoria exegética de reconstrução do Direito, incabível nesta quadra histórica.

A *ratio decidendi* jamais poderá ser uma questão apenas normativa, abstraída da questão de fato⁴²², já que toda e qualquer interpretação no Direito se faz a partir da reconstrução das circunstâncias fáticas que dão ensejo ao processo de aplicação jurisdicional. O fechamento do próprio conceito de *ratio decidendi* implicará na leitura cerrada e adstrita dos precedentes judiciais, quando, muito antes pelo contrário, o Direito reclama sua abertura ao mundo da vida em tempos atuais.

De qualquer sorte, é bom que se diga que a teorização de uma criação jurisprudencial do Direito, tal como nos fala Lenio Streck, deve ser vista como uma questão de legitimidade em tempos de Estado Democrático de Direito⁴²³. Nestes termos, não se pode reconduzir o debate do precedente judicial a uma questão lógico e estrutural, sob pena de enxergarmos a teoria do precedente judicial tal qual o positivismo visualizou o direito como um todo, qual seja, como uma questão apenas de segurança jurídica.

4.2.Efeito vinculante na decisão proferida em controle concentrado no Brasil

Já se disse alhures que a Emenda Constitucional n. 3/93 inovou em larga medida nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade ao instituir a denominada Ação Declaratória de Constitucionalidade e, junto desta, o chamado efeito vinculante. Segundo a expressão consignada ao §2º do art. 102, em sua redação originária, as ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeitos vinculantes⁴²⁴.

É preciso, pois, salientar que efeito vinculante não assume um sentido inequívoco em nossa tradição constitucional. Por isso é importante o esforço para se dimensionar o significado de tal expressão.

Nesta medida, diferenciaremos os efeitos vinculantes da já tradicional eficácia *erga omnes*, sua diferença com a súmula vinculante, o possível efeito vinculante

⁴²² STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vagezas, ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, nº5 – Out/Dez 2008, p. 162-185.p. 167.

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. *Ibidem*. p. 168-169.

⁴²⁴ Ver nota de rodapé número 46.

também em medida cautelar e, por fim, quais os limites do denominado efeito vinculante.

4.2.1. Distinção entre efeitos vinculantes e *erga omnes* no caso brasileiro

Tal redação emprestada ao mencionado dispositivo constitucional tem nítida inspiração no ordenamento jurídico alemão, cujo art. 94, 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de Maio de 1949 dispõe que lei federal regulará a organização e o processo do Tribunal Constitucional Federal e disporá sobre os casos em que suas decisões terão força de lei⁴²⁵. A regulamentação do dispositivo adveio com o art. 31 da *Bundesverfassungsgerichtsgezet* ou Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal cuja redação assim dispõe em seus parágrafos, 1 e 2:

(1) As decisões do Tribunal Constitucional vinculam as entidades públicas dos Governos Federal e Estadual e todos os tribunais e autoridades.

(2) Nos casos previstos § 13 No. 6, 6, 11, 12 e 14 da decisão do Tribunal Constitucional tem a força de lei. Isto também se aplica no caso do § 13 No. 8, quando a Suprema Corte declara uma lei inconsistente ou inválida de acordo com a Lei Fundamental. Tanto quanto uma lei com a Lei Fundamental ou outra lei federal, é declarada compatível ou incompatível ou anular, o dispositivo da decisão deve ser publicada pelo Ministério da Justiça na Lei Federal do Tribunal Constitucional. O mesmo se aplica ao dispositivo da decisão nos casos de § 13 n.º 12 e 14⁴²⁶.

Em princípio, ressalta-se que o parágrafo primeiro contém a chamada vinculação geral ou força obrigatória geral, enquanto que o parágrafo segundo do art. 31 do BVferGG contém a chamada força de lei.

Em relação ao vínculo geral, na Alemanha, segundo Leonardo Martins, é necessário saber o objeto e os destinatários da vinculação. Excluindo o próprio TCF e o legislador, após uma decisão de 1987 do Segundo Senado, todos os outros órgãos

⁴²⁵ “Artigo 94[Composição do Tribunal Constitucional Federal]: [...] (2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos” (disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: 01 de Outubro de 2012).

⁴²⁶ No original: “(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

(2) In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14”.

públicos constitucionais da União e dos Estados-membros devem obedecer à decisão normativa⁴²⁷.

Nessa esteira, diz-se que o objeto são decisões de mérito e não decisões processuais. É com base nesse vínculo das decisões que a jurisprudência do TCF estendeu a obrigatoriedade às razões fundamentais de sentido tomadas nas decisões ou no chamado motivos determinantes (*tragende Gründe*)⁴²⁸

A força de lei, prevista no parágrafo segundo do art. 31, tem o sentido, ao menos na Alemanha, não de fazer com que as decisões deixem de ser decisões jurisdicionais e se transformem em ato legislativo, mas “é uma necessidade lógica de se generalizar, tornar *inter omnes*, os efeitos de algumas decisões judiciais prolatadas”⁴²⁹.

Em sentido análogo à disposição constitucional da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Espanhola de 1978 dispõe em seu art. 161, 1, a, que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional terá força de lei⁴³⁰. Ademais, o art. 164 da referida Constituição aduz que a sentença de declaração de inconstitucionalidade tem força de lei e eficácia contra todos⁴³¹.

Tais disposições são regulamentadas pelo art. 38 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol que repete os efeitos *erga omnes* a partir da publicação no Boletim Oficial⁴³². Assim, Eduardo García Enterría diz que as sentenças anulatórias, em seu país, têm eficácia *erga omnes* seguindo o modelo kelseniano de controle de constitucionalidade⁴³³.

De modo semelhante, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu art. 282, 1 assim dispõe: “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada

⁴²⁷ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. ob. cit p. 106-110.

⁴²⁸ MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. p. 107.

⁴²⁹ MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. p. 115.

⁴³⁰ “Artículo 161.1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.a) Del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectara a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

⁴³¹ “Artículo 164.1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”.

⁴³² “Artículo treinta y ocho1. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"

⁴³³ ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. ob. cit. p. 151.

inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

Daí que a doutrina portuguesa interpreta a força obrigatória geral, expressão contida no dispositivo acima citado, como formuladora das ideias de vinculação geral e de força de lei:

As decisões do TC que declarem, de forma abstracta, a inconstitucionalidade ou ilegalidade, têm força obrigatória geral (cfr. art. 282/1 da CRP e art.66 da LTC). Costuma sintetizar-se o sentido desta fórmula recorrendo às ideias de vinculação geral (*Bindungswirkung*, na terminologia germânica) e de força de lei (*Gesetzeskraft*): (i) vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam – mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, *ratio decidendi* – todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas autoridades administrativas; (ii) força de lei, porque as sentenças têm valor normativo(como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional⁴³⁴.

Neste sentido, o mesmo autor, Canotilho, dispõe que o fato das sentenças do Tribunal Constitucional, em controle de constitucionalidade ou legalidade, deter força de lei e força obrigatória geral significa que seus efeitos mais se assemelhariam a um ato normativo, ou seja, que deteriam alguns efeitos próprios que tem a lei, mas que não têm formalmente o caráter de lei⁴³⁵.

Carlos Blanco de Moraes, no entanto, procura identificar diferenças entre as duas expressões. Em um sentido comum, as duas expressões significam a liberação de uma potencialidade jurídica capaz de suprimir a norma objeto do controle⁴³⁶. Contudo, para este autor os institutos apresentam nítidas diferenças, seja quanto ao grau de seu efeito, seja quanto ao momento, constituindo a expressão força obrigatória geral um *plus* com relação à força de lei.

Neste sentido, o autor menciona que a força obrigatória geral implica a expulsão da norma tanto com efeitos “*ex nunc*”, quanto com efeito “*ex tunc*”, a força de lei, no entanto, apenas produz a extirpação com efeitos “*ex nunc*”⁴³⁷. A força obrigatória geral tem, também, a função de emprestar às decisões força apenas cassatória do ato

⁴³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1009.

⁴³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ob.cit.. p. 1010.

⁴³⁶ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II.Coimbra: Coimbra editora, 2005. p. 191.

⁴³⁷ MORAIS, Carlos Blanco.Ibidem. p. 191.

normativo impugnado⁴³⁸. A decisão dotada de força obrigatória geral não pode ser questionada por um ato da mesma natureza⁴³⁹. Importante, também, é mencionar que o autor diz que a vinculatividade da força obrigatória geral é algo mais do que a de um ato normativo, posto que há leis que não são imperativas, tendo apenas força revocatória sobre outras leis⁴⁴⁰.

Conclui, então, Carlos Blanco de Moraes, que a noção de força obrigatória geral tem três dimensões:

i) A declaração de nulidade da norma julgada inconstitucional ou ilegal, norma que não é apenas desaplicada a um caso singular, como sucede na fiscalização concreta, mas também destruída como acto normativo, sendo igualmente eliminados retroactivamente os efeitos que produziu desde a verificação da invalidade; ii) a força de caso julgado formal e material, traduzida na insusceptibilidade de o fundo da questão de constitucionalidade ou legalidade, que é objecto da declaração, poder vir a ser recorrida ou reapreciada jurisdicionalmente, projectando-se a definitividade dos efeitos da decisão para fora dos contrafortes do próprio processo; iii) a eficácia “frente a todos” que se traduz na extensão da imperatividade, vinculação geral ou obrigatoriedade de acatamento do conteúdo dispositivo da decisão, por todas as autoridades públicas e por todos os cidadãos⁴⁴¹

Em vista do último conceito de eficácia *erga omnes* que sobressai da eficácia obrigatória geral, Carlos Blanco de Moraes arremata dizendo que: “nesse último atributo existe uma projecção “*erga omnes*” do efeito vinculante da decisão”⁴⁴².

Conforme já tivemos oportunidade de mencionar, a regulamentação infraconstitucional do art. 102, §2º da Constituição Federal que houve por bem fazer a distinção entre efeitos *erga omnes* e efeito vinculante advindo com a Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/99, dispondo, respectivamente, acerca do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade e, também, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujos parágrafo único do art. 28 e §3º do art. 10 mantiveram a mesma redação da Constituição⁴⁴³.

⁴³⁸ Ibidem. p. 192.

⁴³⁹ Ibidem, p. 193.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional*. tomo II. ob. cit. p. 194.

⁴⁴² Idem.

⁴⁴³ Lei 9.868/99: “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Também a Lei 9.882/99: “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-

Com base em um antiquado princípio hermenêutico de que não existem na lei palavras inúteis, é que a teoria jurídico-constitucional tenta decifrar o conceito de efeito vinculante, fazendo-o de forma que se diferencie do *erga omnes*, já que supostamente assim o quis o constituinte⁴⁴⁴.

No campo jurisprudencial, o primeiro a esboçar uma diferença foi o Ministro Moreira Alves quando do julgamento da ADC 1 de sua relatoria, conforme já mencionamos. Os efeitos vinculantes para o referido ministro diferenciar-se-ia pela possibilidade de utilização da reclamação em caso de decisão contrária ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal e a pela vedação de edição de ato normativo com conteúdo idêntico às disposições nulas⁴⁴⁵.

No campo jurídico-teórico Gilmar Mendes apresentou estudo acerca dos efeitos das decisões de mérito para subsidiar a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n. 130 de 1992. Neste estudo, que depois o próprio autor aproveitará no campo doutrinário, Gilmar Mendes aduz que

[...] a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de *efeito vinculante* em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição⁴⁴⁶.

O mencionado autor retira a conceituação de efeito vinculante de um autor germânico, Christian Pestalozza em sua obra *Verfassungsprozessrecht* (Direito Processual Constitucional)⁴⁴⁷. Dessa forma, diz Gilmar Mendes, a Emenda do Deputado

se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

⁴⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 286.

⁴⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução: ob. Cit.* p. 287.

⁴⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 187.

⁴⁴⁷ Idem.

Roberto Campos que conferiu a redação final do art. 102,§2º da Constituição Federal teria adotado tal diferença por ele mesmo teorizado⁴⁴⁸.

A diferença entre efeito vinculante, instituto jurídico recente em nosso ordenamento, e os denominados efeitos *erga omnes* residiria no fato de que, enquanto o chamado efeito *erga omnes* atributo da parte dispositiva da decisão, o chamado efeito vinculante é relativo à parte da fundamentação do julgado. Quanto ao efeito *erga omnes*, Gilmar Mendes parece concluir que é assunto pacífico em nossa teoria o fato de que o mesmo pertence à parte dispositiva:

Parece assente, entre nós, orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere à parte dispositiva do julgado. [...] Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou a eficácia *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao STF. Portanto, não se tem uma mudança qualitativa da situação jurídica⁴⁴⁹.

Com respeito ao efeito vinculante, a argumentação de Gilmar Mendes parece se basear em uma suposição de sua acolhida da justificativa apresentada à emenda do Deputado Roberto Campos:

A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3/93 está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no §31, 2, da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tivesse incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte em que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos colhidos na proposta original. Assim parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto⁴⁵⁰.

Com esteio em julgados do Tribunal Constitucional alemão, Gilmar Mendes concluiu que o efeito vinculante diz respeito aos fundamentos determinantes da decisão, já que, se assim não fosse, equiparar-se-ia aos efeitos *erga omnes*⁴⁵¹.

Seguindo as lições de Gilmar Mendes, Roger Stiefelmann Leal conceitua o efeito vinculante a partir da diferença que há entre este e a coisa julgada, já que a coisa julgada teria este efeito:

⁴⁴⁸ *idem*.

⁴⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. ob. cit. p. 178.

⁴⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 188.

⁴⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Ibidem*. p. 189-190.

Descabe, assim, interpretar que o efeito vinculante implica a imposição contra todos da sentença final constante da parte dispositiva da decisão proferida. A vinculação da parte dispositiva, por ser extraído da qualidade da coisa julgada, não pode, logicamente, corresponder ao conteúdo do efeito vinculante. Da mesma forma, não compreende o efeito vinculante caráter subjetivo implícito, isto é, não subentende em sua expressão a vinculação de alguém específico, (a) seja porque a eficácia contra todos já cumpre essa função em relação, inclusiva, aos demais poderes e órgãos do Estado, (b) seja porque os destinatários do efeito vinculante encontram-se definidos explicitamente no conjunto normativo que o disciplina⁴⁵².

Cai, portanto, o autor na conceituação do efeito vinculante como efeito que pretende tornar obrigatória outra parte da decisão que não o dispositivo, qual seja, a *ratio decidendi*⁴⁵³.

Também no sentido de que o efeito vinculante poderá abranger os fundamentos determinantes, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi:

O efeito vinculante pode ser definido como proibição de contrariar decisão proferida pelo STF, sendo essa proibição endereçada a outros órgãos estatais. No Brasil, o efeito vinculante está presente em processos de controle abstrato de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Em formulação positiva, o efeito vinculante indica a obrigação de cumprir o dispositivo da decisão e, eventualmente, de seguir sua fundamentação jurídica ao decidir casos semelhantes⁴⁵⁴.

Talvez o grande equívoco dos referidos autores esteja em tratar o efeito vinculante com uma significação evidente, sendo um conceito autoexplicável. Com efeito, a teorização de que trata o efeito vinculante, como sendo a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade sofre forte resistência no campo doutrinário e jurisprudencial, conforme se verá adiante.

Inclusive em seu país de origem, na Alemanha, a teoria é largamente criticada. Benda e Klein sistematizaram-nas sob dois principais argumentos. Em primeiro lugar, há uma imensa dificuldade para se determinar o que viria a ser *ratio decidendi*, esta sim vinculante, e *obiter dicta*, parte argumentativa que não vincularia⁴⁵⁵. Para se estabelecer a distinção, segundo o Tribunal Constitucional alemão deve-se buscar nas razões da decisão a estrutura argumentativa necessária, sem a qual esta não seria tomada⁴⁵⁶. Ora,

⁴⁵² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. Ob. Cit. p. 149-150.

⁴⁵³ idem.

⁴⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. ob. cit. p. 181-182.

⁴⁵⁵ Benda e Klein *apud* MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. ob. cit. p. 107-108.

⁴⁵⁶ MARTINS, Leonardo. *Ibidem* p. 108.

conforme se pode observar tal método para descobrir a *ratio decidendi* acaba por não oferecer qualquer critério seguro. Ademais, conforme dissemos acima, mesmo em países da tradição do *common law*, há várias teorias que tentam identificá-lo, sem que se possa falar em critérios seguros e unânimes.

O segundo argumento, e talvez mais poderoso, é que se o TCF definisse quais as razões fundamentais de uma decisão acabaria por canonizar a interpretação constitucional⁴⁵⁷. A defesa dos autores que a adotam é a de que deve-se limitar aos casos similares e, conseqüentemente, a adoção de motivos determinantes ainda deixaria um largo espaço de interpretação constitucional⁴⁵⁸.

Também em nossa teoria jurídico-constitucional tal afirmação sofre severas críticas. Georges Abboud, por exemplo, critica tal posicionamento a partir da impossibilidade de se utilizar o sistema de precedentes do *common law* ao efeito vinculante de origem tedesca, que vem sofrendo diversas críticas, já que tais sistemas são sistematicamente distintos:

Imprescindível destacar a diferença existente entre a vinculação descendente do *stare decisis* do *common law* em relação à vinculação pelos motivos determinantes.[...] O precedente é um concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculada ao caso historicamente concreto que decidiu, consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes. A vinculação restringe-se ao plano do particular ao particular, não alcança o geral ao particular⁴⁵⁹.

De outro lado, sabe-se que em sistemas jurídicos do *common law* o juiz não se encontra adstrito ao decidido por uma Corte Superior de forma absoluta. Sempre o julgador fará uma interpretação do caso concreto e do precedente, podendo, quanto a este, “superá-lo” (*overruling*) ou estabelecer “distinções” (*distinguishing*) face o novo caso⁴⁶⁰.

Ainda, segundo Georges Abboud, a vinculação aos motivos determinantes da decisão proferida em controle de constitucionalidade importaria em um engessamento de todo o sistema jurídico, na medida em que não seria possível o diálogo entre o

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ MARTINS, Leonardo. *Ibidem*. 110.

⁴⁵⁹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direito fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 136

⁴⁶⁰ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e THEODORO JR., Humberto. Processo. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro- Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* 2010, Repro 189, p. 09-52, jul./dez., 2011. p. 42.

Supremo Tribunal Federal e as demais cortes judiciárias ⁴⁶¹. Outro aspecto importante da crítica que pode ser feita é a do princípio da congruência no processo constitucional. Vale dizer, em virtude da causa de pedir aberta presente nos processos de índole objetiva⁴⁶², o Supremo Tribunal poderia, ao atribuir vinculação aos motivos determinantes, alterar o próprio pedido formulado em ação de controle concentrado de constitucionalidade⁴⁶³.

Elival da Silva Ramos também critica a vinculação a partir das profundas divergências entre o sistema de controle judicial de constitucionalidade do tipo norte-americano com o controle judicial europeu:

A força obrigatória da fundamentação de decisões de controle de constitucionalidade não se ajusta, confortavelmente, a sistemas de índole jurisdicional, sendo adequada ao controle político-preventivo judicialiforme, de padrão francês. No caso do sistema de controle germânico, inequivocamente jurisdicional, certamente a vinculação dos órgãos e entidades públicas não apenas à parte dispositiva das decisões, mas, também, aos seus fundamentos determinantes revela a influência que o *judicial review* exerceu na estruturação desse sistema. No entanto, a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos é profundamente diversa da que cerca o exercício da função jurisdicional em ordenamentos filiados ao *civil law*, auxiliando na conformação das próprias normas jurídicas gerais e abstratas utilizadas na solução dos litígios, razão pela qual é própria da técnica do precedente vinculante ali utilizada a força obrigatória das razões que dão suporte à conclusão do julgado. O transplante institucional pretendido, portanto, afigura-se extremamente problemático, tendo-se em conta que o controle de constitucionalidade brasileiro possui natureza eminentemente jurisdicional e, mais do que isso, ainda hoje é exercido, predominantemente, no âmbito da jurisdição ordinária, de acordo com os princípios e regras processuais comuns⁴⁶⁴.

Se, no entanto, efeito vinculante não significasse a abrangência dos motivos determinantes da decisão, qual seria sua diferença para os efeitos *erga omnes*? É bem verdade que há aqueles que sequer vislumbram diferença entre os efeitos *erga omnes* e o efeito vinculante⁴⁶⁵. Com efeito, ao admitirmos que a Constituição buscou diferenciar e atribuir especificidade decisória para cada um destes efeitos é de se responder qual seria a diferença entre os dois institutos.

⁴⁶¹ ABBOUD, Georges. *Ibidem*. p. 139.

⁴⁶² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. ob. cit. p. 149. Na jurisprudência do STF, os seguintes julgados: ADI-MC 1896/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 28-05-1999, p. 5; ADI 2009/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ 09-05-2003, p. 45.

⁴⁶³ ABBOUD, Georges. *Ibidem*. p. 142.

⁴⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução: ob. Cit.* p. 293-294.

⁴⁶⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob. cit. p. 410.

Georges Abboud defende o sentido de que os efeitos *erga omnes* seriam aqueles que emanados da parte dispositiva, abrangeriam os órgãos públicos, do poder judiciário e da Administração Pública, direta ou indireta, enquanto que o efeito vinculante como parte dispositiva atingiria os particulares⁴⁶⁶. A diferença estaria nos destinatários da decisão.

Elival da Silva Ramos, de uma forma um pouco mais criativa, entende que efeito vinculante não pode ser um sentido de mero reforço aos efeitos *erga omnes*. Entende o autor, entretantes, que os juízes estão apenas adstritos à lei em sua missão de julgar, contudo em face da atribuição de efeito vinculante, eles devem obedecer às decisões jurisdicionais. Em caso de descumprimento da decisão vinculante, os julgadores podem responder administrativamente e civilmente⁴⁶⁷.

A diferença, albergada pelo texto constitucional, entre efeito vinculante e efeitos *erga omnes* não pode ser, segundo nos parece, apenas uma distinção entre os destinatários do efeito, como quer Georges Abboud, nem quanto às consequências processuais da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, como quer Elival da Silva Ramos.

Parece-nos, pois, que, seguindo a trilha das doutrinas alemã e portuguesa, o chamado efeito vinculante assemelha-se ao efeito força de lei encontrada naqueles países. Quer dizer que a decisão constitucional dotada de efeito vinculante é aquela que tem força normativa de conferir direitos e obrigações para todos, poderes públicos e particulares, da norma declarada inconstitucional, neste caso efeito vinculante diz que o resultado exposto na decisão, qual seja, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma objeto de controle é que obrigará os demais órgãos do Poder Judiciário e as autoridades do Poder Executivo. É de se salientar que a parte da decisão que vinculará sempre será a parte dispositiva. A diferença entre efeito vinculante e *erga omnes* residiria em que, enquanto naquele se trata do próprio conteúdo ou resultado da decisão, neste a questão é quanto aos sujeitos obrigados àquele conteúdo.

Entender de modo que efeito vinculante abrigaria também os chamados motivos determinantes da decisão significaria que as decisões no controle concentrado de constitucionalidade, segundo nosso pensamento, levaria à Corte Constitucional

⁴⁶⁶ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direito fundamentais*. ob. cit.p. 135-136.

⁴⁶⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*: ob. Cit. p. 294.

obrigar uma determinada interpretação ou postura fixada aos órgãos, autoridades públicas e, inclusive, particulares.

Em verdade, a Corte Constitucional estaria utilizando discursos normativos de fundamentação ao se atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, de forma que tal conduta do tribunal constitucional seria inadmissível em um Estado Democrático de Direito, conduzindo a um efetivo ativismo, agressor ao princípio da separação de poderes. Neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O efeito vinculante, tal como admitido pela Jurisprudência de Valores, concede às decisões de controle abstrato de inconstitucionalidade força de lei, ou seja, transforma-as em discursos normativos de fundamentação, com todas as consequências já examinadas. Dessa forma, tal efeito vinculante passaria a obrigar órgãos e autoridades que não haviam integrado o processo, fazendo com que se adaptassem a uma postura fixada pela Corte Constitucional. Sob essa concepção o efeito vinculante não pode ser admitido. Para que possa ser no Estado Democrático de Direito, ele deve ater-se à parte dispositiva da decisão, de modo a não haver distinção entre o mesmo e os limites objetivos da coisa julgada. Somente assim a decisão na via abstrata permaneceria como um discurso normativo de aplicação, preservando o princípio da divisão dos poderes⁴⁶⁸.

Veja-se que, inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parece resistir à adoção da transcendência dos motivos determinantes⁴⁶⁹. Com esteio em José

⁴⁶⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob. cit., p. 257-258.

⁴⁶⁹“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional. 2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (STF, Rcl 3294 AgR/RN, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09/11/2011)”. Assim como o paradigmático acórdão de rejeição da tese proferido na Rcl 3014/SP, rel. Min. Ayres Britto: “EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 "por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)", este se limitou "a proclamar a possibilidade de que o valor

Adércio Leite Sampaio parece que apenas o México adota a obrigatoriedade dos motivos que determinam a decisão no controle concentrado e mesmo assim desde que tal efeito seja aprovado por pelo menos oito Ministros da Corte Suprema. Na Alemanha, apesar de adotado em alguns julgados, essa teoria sofre intensas críticas, bem como da mesma forma na Bulgária. Por fim, na Áustria, quando o julgamento for de improcedência⁴⁷⁰. Há pouquíssimos países que adotam o alcance obrigatório da *ratio decidendi*.

4.2.2.Efeitos vinculantes na medida cautelar.

A competência para o Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em ações de controle concentrado de constitucionalidade foi previsão que ganhou o corpo do texto constitucional através do enunciado textual do art. 102, I, “p”, da CF/88 que o confere para as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade⁴⁷¹. De qualquer sorte, em que pese a ausência de previsão expressa constitucional para a concessão de medidas cautelares em outras espécies de ação em controle concentrado, a doutrina constitucional assevera que tendo em vista o caráter dúplice ou ambivalente entre as ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 24 da Lei 9.868/99), é possível estender a possibilidade de cautelar também para a ação declaratória de constitucionalidade⁴⁷².

Na ADC 4/DF ficou decidido que a possibilidade de se conceder a medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade, assegurando-se que o poder cautelar é ínsito ao poder de julgamento do mérito. O poder cautelar é inerente à possibilidade do julgamento do mérito, pois, segundo o Min Sydney Sanches “ [...] se se entender inadmissível a medida cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade, estará o Supremo Tribunal impedido de adotar providências para prevenir efeitos contrários

estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional". 3. Reclamação julgada improcedente. (Rcl 3014/SP, rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010)”

⁴⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 285.

⁴⁷¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

⁴⁷² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob. cit. p. 407.

exatamente a possíveis decisões de mérito com eficácia “*erga omnes*” e força vinculante para os órgãos do Judiciário e do Poder Executivo”⁴⁷³.

Na mesma ocasião, o Min. Moreira Alves dispôs que a medida cautelar teria por efeito suspender a possibilidade dos juízes exercerem o controle difuso de constitucionalidade, haveria, então, uma suspensão temporária da norma objeto do controle:

[...] em ação declaratória de constitucionalidade, a concessão de liminar, que tem efeito vinculante, impede os juízes, nos casos concretos, de exercitar o controle difuso de constitucionalidade, deixando de aplicar a norma objeto dessa liminar. Ora, as liminares nessa ações têm tal efeito, porque, em nosso sistema misto, se tende, cada vez mais, a afastar o controle difuso em face do controle concentrado.

Portanto, a ementa da decisão trouxe a possibilidade de se conceder medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, inclusive com a mesma força e eficácia das decisões de mérito em ação declaratória de constitucionalidade⁴⁷⁴.

As leis 9.868/99 e 9.882/99 nos artigos 21 e 5º, respectivamente, positivaram a possibilidade de cautelar em ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em ambos dispositivos legais consignou-se que a medida cautelar, na esteira do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADC 4/DF, consistiria na suspensão dos processos que envolvam a aplicação da lei objeto de controle⁴⁷⁵.

⁴⁷³ STF, ADC 4 MC / DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 11.02.1998, DJ 21.05.1999.

⁴⁷⁴ AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO.[...] 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342.[...] 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. (ADC 4 MC / DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 21-05-1999).

⁴⁷⁵ Lei 9.868/99: Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário

Com base na decisão do próprio Supremo Tribunal Federal parece não haver dúvidas quanto à existência de efeito vinculante na própria medida cautelar deferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Mesmo aqueles constitucionalistas que defendem a vinculação dos motivos determinantes da decisão de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade admitem também o efeito vinculante nas medidas cautelares.

Daí, por exemplo, Gilmar Mendes, maior defensor da transcendência dos motivos determinantes, dizer que “a decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade há de ser também dotada de efeito vinculante”⁴⁷⁶. No entanto, a admissão de efeito vinculante em medida cautelar, para os ardorosos defensores da transcendência dos motivos determinantes, parece ir contra a tese defendida por eles.

Em primeiro lugar, as medidas cautelares servem somente como instrumento para garantir a eficácia e evitar a ocorrência de danos irreparáveis que possam comprometer a decisão final da questão demandada⁴⁷⁷. No campo das controvérsias constitucionais, portanto, a concessão de medida cautelar não poderá antecipar, exceto em um juízo de delibação, a decisão final que proclamará a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Dessa forma, a medida cautelar em controle concentrado de constitucionalidade consistirá na suspensão da vigência da norma e dos próprios processos em trâmite que envolva a aplicação da lei ou ato normativo impugnado. Da mesma forma, não se olvida da possibilidade de concessão de outras medidas cautelares, fundada, sobretudo, no próprio poder geral de cautela, mas desde que tais medidas se compatibilizem com a finalidade mesma do provimento cautelar que é a de assegurar o resultado final da decisão de mérito em controle concentrado de constitucionalidade⁴⁷⁸.

Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Lei 9.882/99: rt. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...]

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

⁴⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 204.

⁴⁷⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2: 327-372, jul./dez.2009. p. 328.

⁴⁷⁸ A própria lei 12.063/09 que regulamentou as ações de inconstitucionalidade por omissão consigna a possibilidade de concessão de qualquer outra medida cautelar, acrescentando o §1º do art. 12-F da Lei 9.868/99: “§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo

O mérito da medida cautelar em ações de controle concentrado de constitucionalidade será sempre os tradicionais *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, jamais o mérito da medida cautelar será a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, matéria que, afinal, só será objeto da decisão definitiva de mérito.

Ora, segundo a teoria apresentada, a vinculação é dos próprios fundamentos que levaram a declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Sabendo-se que a medida cautelar em ação de controle concentrado de constitucionalidade não tem como objeto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei é impossível a presença de efeito vinculante nesses moldes em medida cautelar.

Há, pois, mais um indício de que quando a Constituição quis dizer efeito vinculante não se trata de vinculação dos motivos determinantes já que seria insustentável o efeito vinculante na medida cautelar.

Coerentemente, ao menos, Roger Stiefelmann Leal, árduo defensor da vinculação dos fundamentos determinantes, entende inadmissível o efeito vinculante em medida cautelar já que só as decisões de mérito “conduzirão a um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, a ponto de orientar, por imposição do efeito vinculante, o comportamento dos demais órgãos e entidades”⁴⁷⁹.

Admitindo-se, tal como vem o Supremo Tribunal Federal fazendo após o julgamento da ADC 4/DF⁴⁸⁰, em que a medida cautelar também é dotada de efeito vinculante, há mais um argumento favorável à concepção de efeito vinculante acima citada. Qual seja, o efeito vinculante detém efeitos normativos suficientes, tal como a força de lei, para conferir direitos e obrigações através da parte dispositiva da decisão. Assim é que se pode compatibilizar a concessão de medida cautelar consistente na suspensão da norma objeto da ação com a existência de efeito vinculante.

questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”.

⁴⁷⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *Efeito vinculante na jurisdição constitucional*. ob. cit.p. 163.

⁴⁸⁰ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO. CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. EFICÁCIA DA DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR NA ADC 4. **No julgamento da ADC 4 restou assentada que a decisão que concede medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade é investida da mesma eficácia contra todos e efeito vinculante, características da decisão de mérito.** A reclamação e o agravo do art. 522 do CPC não são procedimentos idênticos, mas recursos ou remédios com diferentes efeitos e diversas razões. A reclamação visa preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões, motivo pelo qual a decisão proferida em reclamação não substitui a decisão recorrida como nos recursos, mas apenas cassa o ato atacado. A reclamação tem natureza de remédio processual correccional, de função correcedora. Ademais, o STF somente admite a reclamação nos casos de processos sem trânsito em julgado, ou seja, com recurso ainda pendente. Agravo provido com a concessão de liminar.(Rcl 872 AgR / SP, rel.p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 25-05-2005). (negrito nosso)

O efeito vinculante da medida cautelar é o que incidirá no plano de vigência da norma, fazendo com que se deixe de aplicar os direitos e obrigações decorrentes da norma impugnada. A norma e os próprios processos que envolvam a aplicação desta ficarão suspensos até decisão final do mérito pelo Supremo Tribunal Federal. O que vincula, pois, é o resultado da conclusão a que chega o Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, o Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI-QO 1.244/SP, rel.Min. Neri da Silveira, DJ de 28.5.1999 onde consigna que:

[...] sequer para adotar decisão no sentido da decisão cautelar do Supremo, poderá ser julgada a ação proposta perante o juízo ordinário, porque da nossa decisão de mérito poderá resultar, afinal, em sentido contrário, a declaração de constitucionalidade da lei. Desse modo, a cautelar não compele o juiz a que julgue a causa como se a lei fosse inconstitucional, porque a lei ainda não está declarada inconstitucional.

A postura teórica que clama pela transcendência dos motivos determinantes nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, em real verdade, está pretendendo transformar o Supremo Tribunal Federal em único intérprete da Constituição, impedindo um possível diálogo entre as instâncias ordinárias e o Supremo⁴⁸¹.

⁴⁸¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. ob. cit. p.411-412.

V - ATIVISMO JUDICIAL: A DECISÃO JUDICIAL ENTRE DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITOS PARA MINORIAS POLÍTICAS.

A decisão no controle concentrado de constitucionalidade, a depender da sua própria leitura pela Corte Constitucional, traz graves problemas para a relação que se estabelece entre os órgãos estatais e, ainda, pode vir a comprometer o próprio sentido que se tem de democracia.

Antes de adentrar a temática veiculada neste capítulo, é preciso ressaltar que o intuito no presente trabalho não é de fazer um ataque ou uma afronta pura e simples contra a existência do controle concentrado de constitucionalidade. Nem, muito menos, negar que há uma relação estreita entre controle de constitucionalidade e política.

Em geral, por questões fortemente ligadas à ideologia é que se nega a possibilidade do poder judiciário exercer influência no processo político. Veja-se, pois, que um dos argumentos de Carl Schmitt para negar a possibilidade do Poder Judiciário exercer a guarda da Constituição era o fato de que se tinha uma ideia equivocada do Estado de Direito, concebendo-se que todas as questões políticas poderiam ser decididas judicialmente, o que acabaria por prejudicar o Poder Jurisdicional transformando-o em órgão político⁴⁸². Nem é preciso dizer que o entendimento de Carl Schmitt é carregado de uma forte conotação ideológica partidária, o que se dá em virtude do seu conhecido envolvimento com partido nazista.

Não há como negar que as necessidades da ordem burguesa de encontrar uma ordem jurídica mutável colocaram limites à livre disposição do direito pela política. Segundo Dieter Grimm tal impasse somente pode encontrar a solução por meio

⁴⁸² “En primer término, por la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho. Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justificable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia” (SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sartro. Madri: Editora Tecnos, 1983.p. 57).

da Constituição que seria, ao mesmo tempo, condição para produção das decisões políticas, sendo ela uma própria decisão política⁴⁸³.

É inegável que os Tribunais Constitucionais, portanto, têm um duplo papel. Primeiro, verificar a compatibilidade das próprias decisões políticas com os limites normativos fornecidos pela Constituição⁴⁸⁴. E, sendo a própria Constituição uma decisão política, a interpretação de seus dispositivos deverá seguir a natureza que a transforma em uma manifestação da estrutura política e social de uma determinada sociedade⁴⁸⁵.

Talvez por isso seja que Luiz Werneck Vianna afirma que “o processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta [...] de se ter adotado o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis”⁴⁸⁶. Com efeito, para o autor, cujos estudos foram pioneiros sobre a judicialização da política no Brasil, esta se configura com a procura pelos partidos políticos de um espaço político que não o seu de origem – arena da sociedade civil – na defesa dos seus representados⁴⁸⁷.

A chamada judicialização da política teve seu estudo pioneiro com o estudo de Neal Tate e Torbjon Vallinder no campo das ciências sociais que demonstraram a expansão da atuação do poder judiciário. Para eles o fenômeno poderá ser valorado positivamente ou negativamente a depender da perspectiva de cada teórico. Contudo, definem o fenômeno como a expansão do Direito e das instituições ligadas à Justiça,

⁴⁸³ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 9-10.

⁴⁸⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 11.

⁴⁸⁵ Por mais que não se negue a existência de um caráter político na interpretação da Constituição, constitui em um exagero teórico afirmar, tal como o faz Eros Grau, que a interpretação da Constituição basicamente quase perde seu caráter jurídico, o caráter de dever-ser: “A interpretação da Constituição não é exclusivamente do texto da Constituição escrita, da Constituição formal. Se por um momento suspendermos a concepção de Constituição em sentido formal, substituindo-a por outra, realista, ela será entendida como manifestação de uma estrutura política-social concreta; escapará ao plano do dever-ser, de sorte a passar a expressar o ser político do Estado” (GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 280). De qualquer forma vale salientar, contrariamente ao que expressa Peter Häberle, a Constituição não é só obra cultural de um povo (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hécto Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma, 2003. p. 5 e ss). A Constituição é sim dotada de normatividade, de imperatividade normativa suficiente para modificar as estruturas sociais.

⁴⁸⁶ VIANNA, Luiz Werneck; et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

⁴⁸⁷ VIANNA, Luiz Werneck; et.al. *Ibidem* p. 54.

bem como a crescente inserção de agentes jurídicos na esfera política e no mundo da vida⁴⁸⁸.

É preciso, no entanto, entender o fenômeno da expansão do Poder Judiciário dentro de um contexto de crise da democracia representativa. A principal causa para se levar demandas ao Judiciário advém da assimetria entre a vontade do parlamento e a vontade de quem ele deveria representar – e/ou da inércia/ineficiência da realização de políticas públicas pelo Executivo. Vale dizer, o Poder Judiciário é utilizado como um meio de acesso às pretensões dos grupos minoritários que não encontram espaço de atuação nos outros poderes⁴⁸⁹.

Desta maneira, judicialização da política significa a possibilidade do Poder Judiciário atuar como mediador de conflitos políticos⁴⁹⁰. Com efeito, as decisões que outrora seriam tomadas no âmbito interno dos Poderes Legislativo ou Executivo passam a serem tomadas no âmbito jurisdicional⁴⁹¹. Há uma transferência no próprio processo decisório.

Segundo Alexandre Bahia e Dierle Nunes, “a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face de sua propagada ineficiência o que obscurece a crise institucional dessas funções”⁴⁹². É, na verdade, um método compensatório de urgência em face da eventual omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Ora, segundo os mesmos autores, a problemática se faz presente quando pretensões de direito deixam de passar pela arena própria de discussão da formação da vontade pública, tornando o Poder Judiciário um promotor das políticas públicas⁴⁹³.

Na concepção de Dworkin, o Poder Judiciário deve decidir os casos à luz de argumentos que garantam ou protejam direitos individuais ou de grupo de indivíduos

⁴⁸⁸ TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjon. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 5.

⁴⁸⁹ BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, p. 57-83. p. 61-62.

⁴⁹⁰ DAMASCENO, João Batista. A crença no poder jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In: MOTTA, Luiz Eduardo e MOTA, Mauricio (orgs.) *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 115.

⁴⁹¹ TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjon. *Ob. Cit.* p. 13.

⁴⁹² BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, p. 57-83.p. 63.

⁴⁹³ BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. *Ibidem.* p. 62-63.

que são os chamados argumentos de princípio⁴⁹⁴, e não argumentos que Dworkin chama de políticos, isto é, que procuram justificar uma decisão mostrando que ela protege ou cumpre um objetivo político da comunidade⁴⁹⁵.

Ressalta, então, Dworkin enfaticamente que é missão dos tribunais o julgamento dos casos através de argumentos de princípios, argumentos que aplicam à melhor luz os princípios da moralidade política:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais⁴⁹⁶.

A judicialização da política parece ser um fenômeno irreversível e que se insere em um movimento ainda maior de judicialização das relações sociais. O Direito como um todo vem munindo o Poder Judiciário de capacidade para intervir em relações que antes ficavam circunscritas às esferas privadas ou relegadas ao esquecimento estatal. Assim, Alexandre Bahia conclui:

A questão não é se o Tribunal profere decisões políticas, isto é, se há uma “judicialização da política” ou uma “políticação do judiciário”, mas sim se o Tribunal profere suas decisões respeitando a integridade a partir de “argumentos de princípio” e não de “argumentos de política”⁴⁹⁷.

Nessa medida, Luiz Werneck Vianna conceitua e analisa este novo fenômeno como:

[...] todo um conjunto de práticas e novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos - das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente,

⁴⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p.129.

⁴⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Acerca da diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política, ver: SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p.203-218. p. 212-213. Também Vera Karam Chueiri, ao dispor que: “Os argumentos de política justificam, segundo Dworkin, uma decisão mostrando que esta avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo enquanto que os argumentos de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas” (CHUEIRI, Vera Karam. Considerações em torno da Teoria da Coerência Narrativa de Ronald Dworkin. *Revista Sequência UFSC*, v. 12, n. 23, 1991, p. 72-78.p. 74).

⁴⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

⁴⁹⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.p. 129.

passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais⁴⁹⁸.

É exatamente no sentido de que as relações sociais e as relações políticas podem ser vistas sob o prisma do Direito, quando infringem direitos dos indivíduos ou de grupos dos indivíduos, é que se insere a temática da judicialização da política e das relações sociais. Pode-se dizer, portanto, que não há limitação – e nisto a Constituição Federal de 1988 é bem incisiva em seu art. 5º, XXXV – de questões fáticas a serem levadas à apreciação do Poder Judiciário. Talvez o único limite seja a ofensa ou não a direito individual, social, coletivo ou, até mesmo, difuso.

Apesar de ser um fenômeno natural e irretratável diante da complexidade moderna, é bem verdade que os juízes não podem assumir o lugar da cidadania, isto é, o Poder Judiciário não pode nos livrar do próprio fardo de fazer a política, de assumir o controle da democracia e de nossa própria história:

A justiça não pode regular todos os problemas e dizer, simultaneamente, a verdade científica, histórica, definir o bem político e responsabilizar-se pela salvação das pessoas. Ela não o pode nem o deve, sob pena de nos fazer afundar a todos num inferno processual frustrante, estéril e destruidor que não é desejável para ninguém. A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar a uma nova cultura política. [...] A salvação virá da nossa capacidade de favorecer a transparência dos procedimentos, de encontrar a certeza da norma e de estimular a responsabilidade dos agentes⁴⁹⁹.

A problemática exsurge quando o juiz assume efetivamente e não metaforicamente o papel simbólico do juiz Hércules, configurador de todas as transformações sociais, atuando como um verdadeiro engenheiro social⁵⁰⁰. Não há dúvida de que o terceiro é necessário para a democracia para a resolução dos conflitos, contudo, se o positivismo acreditava ingenuamente na regra como fator de uma justiça rígida, não podemos transferir nossa crença para a infalibilidade judicial, de um terceiro que decide soberanamente os conflitos e problemas de nossa comunidade política⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ VIANNA, Luiz Werneck; et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. ob. cit. p. 149.

⁴⁹⁹ GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, sd. p. 283.

⁵⁰⁰ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. *DOXA - Cuadernos de Filosofía*, número 14, 1993, p. 169-194.p. 177.

⁵⁰¹ GARAPON, Antoine. *Ob. Cit.* p. 259-260.

Há um risco permanente de que a justiça e o próprio Direito sejam utilizados pelo poder político para uma instrumentalização de seus interesses. Neste ponto, tanto as modificações pontuais da estrutura normativa como o impedimento ao acesso da efetiva concretização normativa constituem em meio utilizados pelo poder econômico, principalmente em países de modernidade tardia ou periféricos, para capturar o Poder Judiciário. O problema mais grave é o da perda da autonomia do Direito⁵⁰².

As consequências da captura do Direito pelo poder econômico é, como diz Marcelo Neves, uma relação de subintegração e sobreintegração, na qual de um lado estão os grupos que apenas se submetem ao ordenamento jurídico não conseguindo acesso aos seus benefícios e de, outro lado, os privilegiados sociais que, sem se submeterem às prescrições normativas, apenas retiram do ordenamento seus benefícios⁵⁰³:

Não é errado estatuir que o Direito tencione imprimir organização formal para as relações sociais na forma do Direito moderno. Neste sentido é que Jürgen Habermas denomina de juridificação o fenômeno que

se refiere, en términos muy generales, a la tendencia que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la extensión del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta ese momento de manera informal, y el adensamiento del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares⁵⁰⁴.

Para Habermas, há na modernidade um processo de colonização do mundo da vida pela economia e pelo Estado enquanto se acentua o crescimento capitalista e aprofunda-se a reprodução simbólica do mundo da vida. Como resultado, tem-se que áreas informais que dantes não eram reguladas passam a sofrer o processo que ele chama de juridificação (*Verrechtlichung*), tais como a família e a escola:

⁵⁰² NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, n. 37- vol. 96, p. 93-106, p. 100.

⁵⁰³ Segundo Marcelo Neves, a relação fica assim exposta: “Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. [...] A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados que, principalmente com apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do Direito” (NEVES, Marcelo. *Ibidem*. p. 101-102).

⁵⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 884.

La tendencia a la juridificación de esferas del mundo de la vida informalmente reguladas se impone en un ancho frente, cuanto más ostensiblemente quedan sometidos el tiempo libre, la cultura, las vacaciones, el turismo, etc., a las leyes de la economía de mercado y a las definiciones el consumo de masas; cuanto más visiblemente se acomodan las estructuras de la familia burguesa a los imperativos del sistema ocupacional; cuanto más manifiestamente asume la escuela la función de distribuir oportunidades profesionales y existenciales⁵⁰⁵.

Nesta medida, as relações sociais ficam submetidas à esfera regulatória do Direito. O Judiciário se afirma como um poder que trava relações de força com as demais instituições estatais, incluindo também o mercado e a mídia⁵⁰⁶.

Especificamente no que tange ao *judicial review*, as grandes questões constitucionais podem e devem ser decididas pelo Poder Judiciário. Seja na forma difusa ou na forma concentrada, o controle de constitucionalidade será sempre um importante instrumento de tomada de decisões políticas, que importam, ao final, na interpretação de nossas próprias práticas comunitárias.

À evidência, as Cortes Constitucionais e os Tribunais encarregados de interpretar as práticas jurídicas comunitárias, como diz Canotilho, muitas vezes, “sob o manto diáfano da dogmática e metódica constitucionais, escreveram páginas de alta política constitucional, chegando aqui e ali a reinventar-se politicamente a própria Constituição”⁵⁰⁷. Sob as vestes do Direito, escondem-se temas políticos de mais alta relevância para a comunidade. Ao discutir, por exemplo, núcleos essenciais dos direitos fundamentais, separação de poderes, competências federativas, temas essenciais da dogmática jurídico-constitucional, também se está incursionando em temas que tangenciam as políticas públicas. Assim disserta Canotilho:

[...] a discussão dessas políticas estava sujeita a um princípio jurídico-constitucional incontornável: a limitação do controlo a actos normativos. Ao deslocar-se o problema para a inconstitucionalidade da norma e não das políticas públicas, acabava-se por discutir e dar centralidade decisória a temas como os de “reserva de lei” e “reserva de decreto-lei”, “competência da Assembleia” e “competência do governo”, “lei abstracta” e “lei medida”, “separação de poderes” e “núcleo essencial de direitos”, ou seja, temas de grande relevância jurídico-constitucional e jurídico-dogmática, mas

⁵⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010.p. 898.

⁵⁰⁶ MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? in: MOTTA, Luiz Eduardo e MOTA, Mauricio (orgs.) *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 55.

⁵⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2012.

tendencialmente ocultadores da natureza de *political question* dos problemas a decidir⁵⁰⁸.

Em suma, o professor português sintetiza: “O Tribunal Constitucional faz política por linhas do direito”⁵⁰⁹. Não há nada de errado em tal afirmativa. Desde que um ato, ainda que político, atinja direito constitucionalmente protegido, sendo que o julgamento do Poder Judiciário obedecerá a argumentos de princípio, e não argumentos de política. Ou seja, a análise centralizar-se-á na existência ou inexistência de direitos para o indivíduo ou grupo deles envolvidos no ato jurídico.

Mas, como diz Dworkin, o grande mérito da *judicial review* está no fato de submissão ao debate e à discussão públicos dos principais princípios fundamentais, de moralidade política, previstos na Constituição⁵¹⁰.

Não é outra a opinião de José Reinaldo Lima Lopes:

Pela sua natureza, o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes. Seja lá qual for a nossa opinião a respeito de temas, como censura, liberdade de imprensa, aborto, direitos de minorias, direito de greve, etc., sua submissão a uma discussão judicial amplia o espaço de democracia, porque exige, com mais ou menos sucesso, a racionalidade das propostas divergentes⁵¹¹.

Contudo, o fato de que o Poder Judiciário, em especial sua Suprema Corte, detenha um relevante papel na construção do projeto político comunitário não conduz necessariamente a uma Supremacia Judicial ou a um governo dos juízes, uma juristocracia. Por isto é que o sistema de controle de constitucionalidade deve assumir uma construção coordenada, definida por Larry Kramer como um sistema em que:

[...] la autoridad de las decisiones judiciales depende formal y explícitamente de las reacciones de los otros poderes y, a través ellos, del público. Ello, a su vez, puede representar una enorme diferencia sobre la conducta de los jueces de la Corte Suprema. [...] En lugar de más o constante conflicto, veremos en cambio emerger un equilibrio diferente, una Corte adversa al riesgo y potencialmente vulnerable ajustará su comportamiento a una mayor sensibilidad hacia el liderazgo político en los otros poderes. Este cambio no debería implicar mayores modificaciones en la labor cotidiana de la resolución de casos. Seguirá habiendo escritos y alegatos orales, y precedentes y opiniones, y el trabajo de ser un juez de la Corte Suprema sería más o menos lo mismo que antes. Lo que cambiaría serían las actitudes y la

⁵⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *ibidem*.

⁵⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *ibidem*.

⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 102.

⁵¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 122, 1994, p. 263-264.

autopercepción de los Jueces de la Corte al desarrollar sus rutinas. En efecto, los jueces de la Corte Suprema empezarían a verse a sí mismos en relación con el público como los jueces de tribunales inferiores se ven hoy a sí mismos en relación con la Corte: serán responsables de interpretar la Constitución de acuerdo con su mejor juicio, pero con la conciencia de que allí afuera hay una autoridad real, también, no un pueblo en abstracto que se expresó alguna vez⁵¹².

Com efeito, ademais de não modificar a própria estrutura e a forma com que se exerce e se expressa o *judicial review*, a própria autoconsciência do órgão jurisdicional incumbido do exercício do controle de constitucionalidade será diferente. Com um sistema em que há um diálogo com os demais poderes estatais e também com o povo concretamente⁵¹³, a Corte Suprema comportar-se-á não como detentora da palavra final da Constituição, mas sim como apenas mais uma instância ou canal passível de discussão pública das grandes questões constitucionais.

Não se olvida, de outro lado, que há teorias céticas quanto à submissão das questões político-constitucionais ao Poder Judiciário levando em consideração que esta pode ser apenas mais uma forma de manutenção do poder hegemônico de determinadas classes em uma dada comunidade.

Nessa medida, Ran Hirschl entende que a constitucionalização e o aumento do poder jurisdicional, apesar de serem partes integrantes das transformações concretas da política, da sociedade e da economia, são uma forma de favorecer três grandes grupos: 1) as elites políticas, já que manteriam longe das vicissitudes da democracia suas preferências políticas particulares como forma de perpetuar sua hegemonia política; 2) as elites econômicas, uma vez que vê a constitucionalização do direito de propriedade, da liberdade e do livre exercício profissional como forma de se impor limites à ação governamental de promover o livre mercado e as desigualdades sociais; e, por fim, 3) as

⁵¹² KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madri: Marcial Pons, 2011. 307-308.

⁵¹³ Vale salientar que o conceito de povo como titular do projeto constitucional de um Estado é aquele definido por Friedrich Müller: “Povo já não foi tomado como termo preexistente [...], porém mais simplesmente como a totalidade dos indivíduos realmente residentes no território do Estado: como uma multiplicidade em si diferenciada, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não-discriminatória” (MULLER, FRIEDRICH. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 87-88). O autor, portanto, considera não somente o povo enquanto àqueles que participam da vida política do Estado. Para este, todos os que estão submetidos ao ordenamento jurídico e que, de uma forma ou de outra, submetem-se pacificamente à estes estão inseridos no conceito de povo. Assim, só se pode falar em democracia como mais do que uma mera forma de estatuição de regramento de conduta enquanto se levar em consideração toda a população dentro de um território. Inclui-se, aí, neste conceito, os estrangeiros e os apátridas.

elites judiciais e as mais altas cortes que vê nestas o lócus adequado para a perpetuação de sua influência política e reputação internacional⁵¹⁴.

É assente que a judicialização da política, em virtude de um extenso catálogo de direitos fundamentais expostos de forma aberta, não encontra quaisquer limites prévios. Conforme aduz Ran Hirschl, “é geralmente aceite que haja uma intrínseca afinidade entre a existência de um catálogo constitucional de direitos na política e o ativismo judicial enquanto parte da política judiciária”⁵¹⁵. Ora, pois, que

se a Constituição não lista direitos tangíveis e defensáveis que as pessoas têm contra o Estado, então a revisão judicial é baseada em princípios limitados e é geralmente limitada a questões processuais. Nestas circunstâncias, a intervenção do Judiciário em controvérsias morais fundamentais ou em questões políticas ou altamente politizáveis geralmente é improvável⁵¹⁶.

Conquanto a discussão pelo Poder Judiciário de questões altamente políticas, quando encaradas sob o prisma jurídico-constitucional e decidido de acordo com este critério, não seja de todo um mau, constituindo até mesmo em um canal institucional alternativo de discussão pública, é preciso asseverar que tal fenômeno não pode levar em uma modificação dos exatos parâmetros constitucionalmente dedicados à esfera judicial⁵¹⁷.

Se, de um lado, não há dúvida acerca da importância da atuação do Poder Judiciário na proteção do catálogo de direitos fundamentais, é preciso averiguar, de outro modo, em qual medida essa atuação é compatível com um constitucionalismo

⁵¹⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 11-12.

⁵¹⁵ No original: “It is generally agreed that there is a close affinity between the existence of a constitutional catalogue of rights in a polity and judicial activism on the part of that polity’s judiciary” (HIRSCHL, Ran. *Ibidem*. p. 170) (tradução livre).

⁵¹⁶ “If the constitution does not list tangible and defensible rights that individuals hold against the state, then judicial review is based on limited ultra vires principles and is generally confined to procedural matters. In these circumstances, intervention by the judiciary in fundamental moral controversies or in highly political ou politicized issues is generally unlikely” (tradução livre) (HIRSCHL, Ran. *Ibidem*. p. 170).

⁵¹⁷ Admitindo que embora o *judicial review* possa se tornar um canal de mudança política, nos países examinados pelo autor, Nova Zelândia, Israel, Canadá e África do Sul, o comportamento e os objetivos das mais altas cortes têm frequentemente modificado para invadir a esfera de atribuição do legislativo e do executivo: “[...]em países onde declaração de direitos e procedimentos judiciais ativos foram adotados pode-se esperar uma mudança significativa na frequência e alcance do exercício de revisão judicial e uma intrusão correspondente pelo Judiciário nas prerrogativas de ambas as legislaturas e executivos” (tradução livre) (HIRSCHL, Ran. *Ibidem*. p. 170). No original: “[...]in countries where bill of rights and active judicial review procedures have been adopted, one can expect a significant change in the frequency and scope of exercise of judicial review and a corresponding intrusion by the judiciary into the prerogatives of both legislatures and executives”.

democrático⁵¹⁸. Segundo leciona Gisele Cittadino: “A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países”⁵¹⁹.

Contudo, apesar de poderem ser enxergados dentro de um mesmo contexto, qual seja, da expansão do Poder Judiciário, a judicialização da política não pode ser confundida com ativismo judicial. É que ela, nos dizeres de Luis Roberto Barroso, “no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”⁵²⁰. Ou seja, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”⁵²¹, ainda que essa decisão tenha repercussão na ordem política.

Na síntese de Gisele Cittadino:

[...] o processo de judicialização da política não precisa invocar uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer⁵²².

Contrariamente, entretanto, é a hipótese do ativismo judicial que implica sempre em uma atuação que colaciona um desequilíbrio no sistema democrático constitucional. É bem verdade que há entendimento, tal como o esposado por Marcelo Cattoni, de que o ativismo pode ser justificável, mas não, a judicialização da política:

[...] se o ativismo judicial na defesa de direitos fundamentais seria inclusive justificável em função do reconhecimento de uma vinculação não somente negativa mas positiva de todos os poderes do Estado à Constituição e a direitos que não estão à disposição de maiorias parlamentares ou da conveniência e oportunidades administrativas, por outro a chamada

⁵¹⁸ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p.19

⁵¹⁹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p.34.

⁵²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.p. 79.

⁵²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*. p. 79.

⁵²² CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p.39.

judicialização da política poderia revelar um profundo déficit democrático dessa atuação judicial, havendo mesmo quem falasse em um poder constituinte permanente e em reinvenção da constituição pela jurisdição constitucional⁵²³.

No entanto, apesar da maneira entusiasmada como se pode enxergar o ativismo judicial, temos, na hipótese do presente trabalho, que sua caracterização abala o sistema democrático de separação das funções e, assim, coloca em risco a própria Constituição⁵²⁴.

5.1. Conceito de Ativismo Judicial

A primeira utilização do termo ativismo judicial apareceu pela primeira vez com uma publicação jornalística. Segundo Keenan Kmiec, Arthur Schlesinger traz a público o termo ativismo judicial com um artigo jornalístico na *Fortune Magazine* em

⁵²³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional, democracia e judicialização da política: considerações a partir da PEC nº 3, de 10 de Fevereiro de 2011. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (orgs). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 256.

⁵²⁴ Veja-se, inclusive, a crítica que Boaventura de Souza Santos faz daquilo que ele menos denomina de ativismo conservador, isto é, o Poder Judiciário sendo papel principal de uma contrarrevolução jurídica, na medida que uma elite política e econômica utiliza o Poder Judiciário para neutralizar ganhos democráticos. Nesta medida, assim dispõe: “Entendo por contra-revolução jurídica uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições. Como o sistema judicial é reativo, é necessário que alguma entidade, individual ou coletiva, decida mobilizá-lo. E assim tem vindo a acontecer porque consideram, não sem razão, que o Poder Judiciário tende a ser conservador. Essa mobilização pressupõe a existência de um sistema judicial com perfil técnico-burocrático, capaz de zelar pela sua independência e aplicar a Justiça com alguma eficiência. A contrarrevolução jurídica não abrange todo o sistema judicial, sendo contrariada, quando possível, por setores progressistas. Não é um movimento concertado, muito menos uma conspiração. É um entendimento tácito entre elites político-econômicas e judiciais, criado a partir de decisões judiciais concretas, em que as primeiras entendem ler sinais de que as segundas as encorajam a ser mais ativas, sinais que, por sua vez, colocam os setores judiciais progressistas em posição defensiva. Cobre um vasto leque de temas que têm em comum referirem-se a conflitos individuais diretamente vinculados a conflitos coletivos sobre distribuição de poder e de recursos na sociedade, sobre concepções de democracia e visões de país e de identidade nacional. Exige uma efetiva convergência entre elites, e não é claro que esteja plenamente consolidada no Brasil. Há apenas sinais, nalguns casos perturbadores, noutros que revelam que está tudo em aberto. (SANTOS, Boaventura Souza. A contrarrevolução jurídica. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4493>, acesso em 12 de Novembro de 2012). Talvez o maior exemplo recente de um ativismo utilizado na maneira como menciona o autor seja o julgamento da lei da anistia na ADPF 153, rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, em que o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a previsão normativa que previa a anistia dos crimes políticos e crimes conexos a este ocorridos durante o período de exceção. Nesta medida, tal decisão impossibilitou o julgamento e criminalização das torturas praticadas pelos agentes estatais a perseguidos políticos durante tal período.

1947. Neste artigo, o jornalista descreve os juizes que compunham a Suprema Corte naquela época. Assim, segundo ele, Justices Black, Douglas, Murphy, e Rutledge seriam tidos como juizes ativistas. Os juizes Frankfurter, Jackson, e Burton, ao contrário seriam conhecidos como campeões da autorrestricção. E, ainda, os juizes Reed e Vinson caracterizados como um meio termo⁵²⁵.

Nesta esteira, Keenan Kmiec explica que cada lado descrito por Arthur Schlesinger compunha uma visão jurídica de mundo diferente. De um lado estavam os *justices* Black e Douglas que integravam a visão da Escola de Direito de Yale que, basicamente, acreditava que a argumentação jurídica era mais aberta do que cientificamente fechada. Não havia uma resposta correta para o problema jurídico e a decisão jurídica era mais questão política do que jurídica. O ativismo judicial na visão de Schlesinger era que política e Direito seriam inseparáveis, bem como que as decisões dos juizes ativistas levavam mais em consideração a orientação para o resultado⁵²⁶.

Já a visão que Schlesinger dá para a autorrestricção é a de que o Direito tem um significado hermeticamente fechado. Os desvios de significado devem ser corrigidos apenas pelo Poder Legislativo, exatamente em deferência à vontade do parlamento, em razão da fé que se nutre pela separação de poderes e pelo regime democrático. O Direito é separado da política⁵²⁷.

Com efeito, segundo Kmiec, apesar da importância do artigo de Arthur Schlesinger, já que ele deu início a um conceito que ganharia as principais discussões que iriam contrapor temas relevantes para a sociedade, tais como, legitimidade democrática dos juizes, supremacia democrática e direitos humanos, Direito e política, etc; o conceito que ele dá tanto para ativismo judicial como para autorrestricção abarca

⁵²⁵ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, volume 92, Berkeley, out. 2004, p. 1446. "Arthur Schlesinger Jr. introduziu o "ativismo judicial" prazo para o público em um artigo da revista Fortune, em janeiro de 1947. No artigo Schlesinger perfila todos os nove juizes da Suprema Corte sobre o Tribunal naquela época e explica as alianças e divisões entre eles. O artigo caracteriza os Juizes Preto, Douglas, Murphy e Rutledge como os "ativistas judiciais" e Justias Frankfurter, Jackson, e Burton como a campeões da autorrestricção. Justice Reed e Chief Justice Vinson compõe a média do grupo"(tradução livre). No original: "Arthur Schlesinger Jr. introduced the term "judicial activism" to the public in a Fortune magazine article in January 1947. Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutledge as the "Judicial Activists" and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the "Champions of Self Restraint. Justice Reed and Chief Justice Vinson comprised a middle group".

⁵²⁶ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1447.

⁵²⁷ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1448.

atributos tão amplos que seria impossível definir quando se está de frente a uma posição ou outra⁵²⁸.

Keenan Kmiec lista diversas definições que são usadas, em geral, para o termo ativismo judicial: a) quando há decisões tomadas pelos outros poderes que não são claramente inconstitucionais, em virtude das ambiguidades presentes no texto constitucional. A dificuldade de se sustentar essa visão de ativismo judicial é a de que, mormente após *Marbury x Madison*, a “Suprema Corte pode e deve dizer o que é o Direito, mesmo em casos difíceis ou politicamente controversos”⁵²⁹; b) também aparece o termo ativismo judicial quando os juízes contradizem precedentes⁵³⁰; c) outra forma, segundo Kmiec, é quando os juízes acabam por legislar, oferecendo soluções de longa duração, tipicamente do Poder Legislativo⁵³¹; d) quando utilizam metodologia interpretativa de princípios não aceitos⁵³²; e por fim, e) a orientação dos julgamentos pelo resultado⁵³³.

A conclusão deste breve inventário realizado por Keenan Kmiec é no sentido de que “hoje, a denominação ativismo judicial sozinha significa pouco ou nada, porque o termo adquiriu significados distintos e até mesmo contraditórios”⁵³⁴.

Em conceituação mais sucinta, o *Black's Law Dictionary* define ativismo judicial como “uma filosofia de decisão judicial em que os julgadores orientam seus pontos de vista pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, para guiar os resultados de sua decisão”⁵³⁵. É de se ver, no entanto, que a definição trazida pelo dicionário jurídico não apresenta qualquer conclusão sobre quaisquer hipóteses de atuação jurisdicional que poderiam ser caracterizadas como ativistas.

A expressão ativismo judicial, em sua origem norte-americana, serviu como um ataque de setores do pensamento jurídico dito conservadores contra a atuação da Suprema Corte liderada pelo *Chief Justice* Earl Warren, que se estende do período de

⁵²⁸ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1450.

⁵²⁹ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1463-1466. No original: “the Supreme Court can and should declare what the law is, even in difficult or politically sensitive cases” (KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p.1466).

⁵³⁰ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1466-1471.

⁵³¹ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1471-1473.

⁵³² KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1473-1475.

⁵³³ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1475-1476.

⁵³⁴ KMIEC, Keenan D. *Ibidem*. p. 1477. No original: “Today, a charge of “judicial activism” standing alone means little or nothing because the term has acquired so many distinct and even contradictory meanings” (tradução livre).

⁵³⁵ No original: “philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions” (tradução livre) (*Black's Law Dictionary*, Second Edition. Cambridge: West Group, 2001.p.380).

1953 até 1969⁵³⁶. Neste período, a Suprema Corte dos Estados Unidos sob a liderança de Warren modificou muitas das práticas políticas norte-americanas em prol dos direitos individuais garantidos pela Constituição⁵³⁷:

Sem o entrave de um tecnicismo exacerbado e sem dúvidas refinadas sobre os limites do poder judicial, Warren viu sempre a Suprema Corte como um verdadeiro centro de poder, que poderia, através de suas decisões constitucionais, forçar a mudança de rumos nos Estados Unidos, libertar forças sociais progressistas e melhorar a sorte do homem comum⁵³⁸.

Muitas das conquistas sobre temas de direitos individuais advieram com a atuação da Suprema Corte norte-americana neste período. Basta citar, por exemplo, que a inconstitucionalidade da política segregacionista teve fim com o caso *Brown v. Board Education* de 1954; o direito do acusado em um processo criminal ser defendido por advogado com o caso *Gideon v. Wainwright* decidido em 1963; o direito à não auto-incriminação com *Miranda v. Arizona* de 1966, o direito à privacidade decorrente da vedação do Poder Público proibir o uso de contraceptivos no caso *Griswold v. Connecticut* de 1965, e, por fim, *Roe v. Wade* de 1973, na qual vedou-se a criminalização do aborto até o terceiro mês da gestação⁵³⁹.

É de se salientar que todas as decisões foram tomadas sem qualquer intervenção do Legislativo ou Executivo, apenas por uma hermenêutica adequada do caso submetido à apreciação da Corte⁵⁴⁰.

William Marshall identifica sete indícios do que seria ativismo judicial na literatura dos conservadores. Assim, compreende-se como ativismo judicial:

1) **Ativismo contramajoritário**: a relutância das cortes em observar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;

2) **ativismo não originalista**: o equívoco do poder judiciário em não observar o originalismo ao decidir os casos, desde que este esteja fundamentado na fé do texto escrito;

⁵³⁶ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, 2006-2007, n. 91, p. 1753.

⁵³⁷ Segundo Leda Boechat Rodrigues a visão que Earl Warren tinha sobre o Direito e a Justiça influenciou sobremaneira a atuação da Corte. “Para ele a Suprema Corte era, acima de uma tribunal de direito, um tribunal de justiça. Essa concentração no conceito de justiça revolucionou a função da Corte, agora ocupada, metade do seu tempo, com os casos de direitos humanos e liberdades civis” (RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte de Warren*. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira, 1991. p. 39-40).

⁵³⁸ Idem.

⁵³⁹ Analisando os casos a clássica obra de Leda Boechat Rodrigues acerca da história da Corte Warren: RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte de Warren*. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira, 1991.

⁵⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

3) **ativismo precedentalista**: consistente na inobservância dos precedentes por parte dos juízes;

4) **ativismo jurisdicional**: a não observância pelos juízes e Tribunais dos limites de seu poder jurisdicional;

5) **criatividade jurisdicional**: a criação de novas teorias e direitos pela doutrina constitucional;

6) **ativismo remediador**: que é a utilização do poder jurisdicional para impor obrigações afirmativas duradouras a outros poderes ou, ainda, colocando estes poderes sob a supervisão contínua do poder jurisdicional; e

7) **ativismo partidário**: que é a utilização do poder jurisdicional para a consecução de objetivos partidários⁵⁴¹.

Para o autor, cinco dos seis indícios seriam defendidos pelos conservadores ainda que não sob as vestes do ativismo judicial⁵⁴², exceto o ativismo remediador que todos concordam e o ativismo partidário que todos rejeitam. Dessa forma, as cinco primeiras hipóteses listadas acima são formas de atuação jurisdicional defensáveis por ambos os pontos de vista na literatura, qual seja, os ditos conservadores ou os liberais.

Mesmo lá, em seu país de origem, a polissemia do termo ativismo judicial é marcada, sobretudo, por caracterizar ora um juízo de valor negativo, ora um juízo de valor positivo sobre a atuação de um Tribunal ou, até mesmo, de juiz singular.

Há aqueles, tal como Christopher Wolfe, que acreditam que os juízes devem ser ativistas para a correção das injustiças sociais:

juízes devem decidir casos, não evitá-los e, assim, usar seu poder de forma ampla para mais justiça, isto é, proteger a dignidade humana - especialmente pela expansão da igualdade e da liberdade pessoal. Juizes ativistas estão empenhados em fornecer recursos judiciais para uma ampla gama de injustiças sociais e de usar seu poder, especialmente o poder de dar conteúdo a garantias constitucionais gerais, a fazê-lo⁵⁴³.

⁵⁴¹ MARSHALL, William P. Conservatives and seven sin of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, 2002, p. 104.

⁵⁴² MARSHALL, William P. Conservatives and seven sin of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, 2002, p. 105.

⁵⁴³ Tradução livre, no original: “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice—that is, to protect human dignity - especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so” WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. p. 2

O mesmo autor aduz que, em geral, o uso convencional de ativismo judicial está presente na relação entre uma decisão judicial e a Constituição ou a própria maneira pela qual os juízes exercem seu poder político, seu poder discricionário. No entanto, tendo em vista a multiplicidade de marcos teóricos adotados sobre os limites do poder judicial pelos estudiosos constitucionais, é difícil demarcar uma maneira precisa que satisfará todos os teóricos⁵⁴⁴.

Em nossa literatura jurídica, o termo ativismo judicial, conquanto não conta com a presença dos inúmeros estudos realizados em solo anglo-saxônico, ganha espaço no campo dos estudos constitucionais. Também aqui o termo é apropriado de maneira ocasional e depende, efetivamente, da concepção teórica abraçada pelo autor.

Por exemplo, Luis Roberto Barroso menciona que ativismo judicial

[...] assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios⁵⁴⁵.

Esta acepção apresentada por Luis Roberto Barroso pretende dar uma ideia de que o ativismo judicial não suplanta os limites do Poder Judiciário. Para tanto, o mesmo se utiliza de argumentos retóricos no sentido de que o ativismo é inerente à proteção dos valores constitucionais. Ainda, o autor menciona que o ativismo implica em uma interferência do Poder Judiciário sobre os outros poderes.

Mais à frente em seu texto, Luis Roberto Barroso indica que no Brasil o Supremo Tribunal Federal tem uma postura ativista nas seguintes situações:

Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da

⁵⁴⁴ “Ativismo judicial pode ser definida nos termos da relação de uma decisão judicial para com a Constituição ou a maneira pela qual os juízes exercem o que é concedido de um modo geral, o poder político, discricionário. A definição sobre a qual eu colocar a maior ênfase será lamentável para mais contemporâneos estudiosos constitucionais, que se inscrevem em diferentes concepções sobre a natureza do poder judicial e da evolução da revisão judicial da história americana “ (tradução livre). No original: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history” (WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. p. 37).

⁵⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 8-9.

imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde⁵⁴⁶.

À luz dos seus próprios exemplos de posturas ativistas, o autor chega à conclusão de que os tribunais nesta situação não mais estão apenas diante de sua função típica de aplicação do Direito, mas de criação do Direito⁵⁴⁷. Nesta esteira, para ele, “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁵⁴⁸.

De qualquer sorte, o ativismo judicial, na visão do autor, advém da necessidade de que demandas sociais sejam atendidas no caso de omissão do Poder Legislativo, uma vez que há a necessidade metodológica de efetivar ao máximo as potencialidades do texto constitucional⁵⁴⁹.

Lenio Streck sustenta que o ativismo judicial tal qual adotado nos Estados Unidos, além de contar com centenas de anos de discussão, foi feito num primeiro momento em sentido contrário ao plano econômico *New Deal*, em que diversos planos do governo Roosevelt foram julgados inconstitucionais pelo apego ao liberalismo econômico, de sorte que o ativismo judicial nem sempre implica algo positivo⁵⁵⁰. De todo modo, lembra o autor que

as atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso Corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um sentimento constitucional acerca dessa problemática⁵⁵¹.

Assim, para ilustrar seu exemplo de ativismo judicial em nosso país, Lenio Streck menciona o julgamento da Reclamação 4.335/AC em que se discute a obrigatoriedade das instâncias inferiores acerca do decidido pelo Supremo Tribunal

⁵⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*. p.9.

⁵⁴⁷ *Idem*.

⁵⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*. p.10.

⁵⁴⁹ *Idem*.

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 51.

⁵⁵¹ *Idem*.

Federal em controle difuso de constitucionalidade (no caso em específico o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos, tendo como *leading case* o HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006). Fundamentando o efeito obrigatório para as instâncias inferiores, teria ocorrido uma mutação constitucional no art. 52, inciso X da Constituição Federal de 1988, na qual caberia ao Senado Federal apenas a publicidade e não mais conceder a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso como é da tradição constitucional⁵⁵². Vale salientar que tal entendimento é manifestado nos votos do Min. Gilmar Mendes, relator, e Eros Grau, enquanto os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence votaram contrariamente ao resultado proposto pelo relator⁵⁵³.

A crítica de Lenio Streck é a de que pretenderam não modificar um “sentido da interpretação do texto, mas mudar a própria dicção do art. 52, X”⁵⁵⁴. Uma postura ativista, segundo ele, é quando uma decisão vai além do próprio texto constitucional sobre o qual se assenta, quando, apesar de permanecer o mesmo texto, uma prática é alterada pela maioria⁵⁵⁵.

Em uma palestra ministrada na Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, o mesmo autor menciona que “ativismo ocorre quando os juízes e tribunais se substituem ao legislador e ao poder Executivo fazendo juízos políticos e morais sobre a legislação e sobre o modo de administrar”⁵⁵⁶.

O tema conta com o tratamento dado por Elival da Silva Ramos. Em linhas gerais, aponta o autor que

ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, como incursão

⁵⁵² Ver a crítica do próprio conceito de mutação constitucional adotado na obra de PEDRON, Flávio Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

⁵⁵³ O julgamento da referida ação está pendente de julgamento nesta data.

⁵⁵⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p. 53.

⁵⁵⁵ STRECK, Lenio. *Idem*.

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio. Entrevista concedida à AMP/RS. Disponível em: <<http://amp-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 28/10/2012.

insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes⁵⁵⁷.

De fato, ativismo judicial, no sentido apontado acima, denota uma atitude perniciosa do Poder Judiciário que, ainda que de forma não explícita, passa a descaracterizar a sua própria função e exercer as funções dos outros poderes, Legislativo e Executivo.

A problemática que se coloca é, portanto, na observação da separação de poderes. Nesta medida, diz Elival da Silva Ramos que o princípio da separação de poderes obriga a que o Poder Judiciário seja mantido dentro dos limites de sua função jurisdicional⁵⁵⁸. O ativismo judicial implica na desconsideração e no esmaecimento do importante princípio da separação de poderes, cuja finalidade é manter os poderes dentro de suas esferas delimitadas pelo ordenamento jurídico, vale dizer, manter cada um dos poderes dentro da esfera de argumentação própria.

Assim, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito próximo de ser adotado no presente trabalho, independente do sistema jurídico utilizado, seja de *Common Law* ou seja *Civil Law*, já que em ambos constata-se a presença do referido fenômeno:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas⁵⁵⁹.

Portanto, o conceito de ativismo judicial deve abordar tanto a realidade jurídica de países da tradição do *common law*, quanto em países da tradição romano-germânica. O ativismo judicial é fenômeno comentado e trabalhado pela teoria da maioria dos países.

⁵⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 116-117.

⁵⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*. p. 117.

⁵⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*. p. 129.

De outro modo, é bem verdade que o conceito de ativismo judicial irá depender do próprio marco teórico adotado pelo autor que irá definir os limites metodológicos da função jurisdicional.

Nesta medida, por exemplo, Elival da Silva Ramos, ao longo de sua obra, tece uma defesa que ele denomina de positivismo reflexivo e integral, que consistiria, basicamente, em considerar o ordenamento em seu conjunto, não olvidando que caberia à Teoria da Interpretação levar em conta os fatos, as normas e até mesmo os valores⁵⁶⁰. Sem embargo da junção de concepções teóricas que o mesmo autor coloca sob um único e mesmo rótulo- positivismo -, o seu conceito de ativismo judicial acaba, por isso mesmo, sendo corolário de sua própria concepção teórica.

Poder-se-ia, por exemplo, conceituar ativismo judicial, tal qual parece fazer Dworkin, como uma forma de pragmatismo jurídico, ou seja, de decisões que se orientam pelas consequências, mas com um agravante, qual seja, a de que o ativismo desconsidera as decisões anteriores e o texto da Constituição, tudo para impor o ponto de vista do julgador⁵⁶¹:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige⁵⁶².

A teoria do Direito como integridade de Dworkin rejeita expressamente tal atitude metodológica dos juizes. A interpretação do ordenamento jurídico é uma questão de interpretação adequada e justificada que, contém a Constituição como vértice do Direito e que leva em conta uma atividade complexa de envolvimento de padrões morais e políticos, mas que disso não resulta ao intérprete poder para se valer de tal exercício para impor sua concepção de justiça⁵⁶³.

Por mais que se saiba que o ativismo judicial decorre da concepção teórica adotada, há em todas elas um ponto em comum. Ativismo judicial está ligado não a uma teoria que se analise metodologicamente, mas sim em apenas uma atitude ou

⁵⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*. p. 54-64.

⁵⁶¹ Também a interpretação feita por Rafael Simioni do ativismo para Dworkin: SIMIONI, Rafael. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de de Posner na perspectiva do Direito como integridade de Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito Dom Bosco*, n. 10, ano 5, jul-dez 2011, p. 119-134. p. 132

⁵⁶² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451-452.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. p. 452.

comportamento, seja de órgão colegiado ou de juiz singular, que implica em uma descaracterização da própria função jurisdicional, trazendo, assim, problemas ao sistema de separação de Poderes. A atitude ativista faz com que o Poder Judiciário desborde de sua função, típica ou atípica, constitucionalmente delimitada para exercer função atribuída a outro poder estatal ou, ainda, o Poder Judiciário passa a exercer uma função que não diz respeito a qualquer poder estatal.

Por mais que se queira proteger ou enaltecer teoricamente o ativismo judiciário, tal como a utilização de argumentos retóricos e vazios no sentido de que este é uma medida necessária para a proteção dos direitos fundamentais, é preciso salientar que, principalmente em países democráticos, o ativismo judiciário sempre implicará em um juízo de desvalor que se lança sobre a tomada de decisão que não diz respeito à função jurisdicional.

5.2. Ativismo e atitude *self-restraint* do Poder Judiciário: a separação de Poderes em xeque

O outro lado da mesma moeda (quanto à forma como o Poder Judiciário atua) está representado pela Teoria da Autorrestrição judicial, poder judiciário passivista ou, ainda, minimalismo judicial. Sob este manto diáfano de um conceito indeterminado, muitas são as teorias abarcadas por tal conceito.

Richard Posner em artigo dedicado ao tema aponta que, em geral, são apontadas como atitudes de autocontenção pelos teóricos: a) os juízes que somente aplicam a lei, em um sentido de legalismo estrito; b) quando o judiciário adia uma decisão, transferindo a competência para outros órgãos governamentais; e c) quando o judiciário é relutante em declarar a inconstitucionalidade de um ato do governo⁵⁶⁴. Mas, o que, em verdade, o autor atribui como restrição judicial é a terceira hipótese. Para tanto, Richard Posner adota a concepção de James Thayer de que uma lei somente deve ser declarada inconstitucional se a inconstitucionalidade é tão clara que ofenda a racionalidade⁵⁶⁵.

Enquanto isso Richard Posner sai em defesa de tal postura, tendo em vista sua defesa do pragmatismo, no sentido de que

⁵⁶⁴ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, vol. 100, n. 3, June 2012, p. 520-521.

⁵⁶⁵ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, vol. 100, n. 3, June 2012. p. 522.

[...] as questões apresentadas em casos constitucionais tendem a ser tanto emocionais como momentâneas e as decisões que as resolvem inevitavelmente refletem os valores pessoais dos juízes, psicologia, antecedentes, a pressão dos colegas, ansiedades políticas, experiências profissionais, inclinações ideológicas, e outros fatores extrajurídicas, os tribunais que operam sem restrições produzem uma reação desenfreada (para comparar a Warren e Roberts Tribunais), muitas vezes inconscientemente; e os tribunais têm ferramentas limitadas e, como resultado de seus esforços "legislativos" muitas vezes pode ser desfeito pelos outros poderes. Um exemplo do último ponto é como Congresso e muitos estados reagiram à liberalização da Corte de Warren no processo criminal aumentando a prisão mínima e máxima, de modo que, no que diz como se sabe, embora provavelmente menos pessoas inocentes são condenados hoje em dia, aqueles que são servem prazos mais longos. Tribunais estão sujeitos à lei de consequências não intencionais⁵⁶⁶.

Tem-se, pois, na esteira de Dworkin, que os passivistas mostram grande deferência para com os outros Poderes. Dessa forma, a consequência para com a interpretação da Constituição é a de que

a melhor interpretação das cláusulas abstratas da Constituição, dizem eles, mesmo sob o regime do direito como integridade, é a interpretação cética de que elas nem permitem nem proibem nada além daquilo que decorre exclusivamente da mais rigorosa interpretação de sua linguagem. Se isso fosse verdade, qualquer decisão da corte sobre o aborto, por exemplo, seria uma emenda constitucional disfarçada⁵⁶⁷.

Dworkin coloca como atitude passivista a teoria constitucional norte-americana conhecida como textualista. Sinteticamente, trata-se da “teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição” pelo qual o Tribunal Constitucional deve “assentar o artigo da Constituição, o qual é questionado ao lado do estatuto que o afronta, para decidir se o recente se ajusta ao antigo”⁵⁶⁸.

Ora, segundo Elival da Silva Ramos, o passivismo está centrado em duas correntes teóricas de interpretação da Constituição denominadas de interpretativistas: as textualistas e as originalistas⁵⁶⁹. Estas são as duas correntes que se aproximam do

⁵⁶⁶ POSNER, Richard A. *Ibidem*. p. 554.

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 445.

⁵⁶⁸ COLE, Charles D. Interpretação constitucional: dois século de reflexão. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, abr./jun. 1989, p. 21-49. p. 24.

⁵⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.129-130. Os textualistas e os originalistas são duas concepções teóricas classificadas sob o mesmo manto de não interpretativistas no debate constitucional norte-americano. Pela primeira, a interpretação da Suprema Corte deve levar em consideração apenas o texto escrito da Constituição. Já, na segunda, diz-se que a Suprema Corte deve se ater à vontade dos *founding fathers*, dos fundadores da Constituição norte-americana (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 74 e ss). Para uma crítica a ambas as concepções, ver DWORKIN,

positivismo que, por seu turno, é arduamente defendido por Elival da Silva Ramos, no qual, ao final, ele nos diz que “nos remete ao passivismo”, enquanto que “o pragmatismo e o moralismo jurídico, necessariamente, desembocam em ativismo judiciário”⁵⁷⁰.

Luis Roberto Barroso, ao tratar do passivismo judicial, conceitua-o de forma genérica e abrangente, apontando que:

O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos⁵⁷¹.

Com efeito, da maneira como levanta Luis Roberto Barroso o passivismo judicial seria quase como uma benevolência do Judiciário para com os outros Poderes. Isto é, o Poder Judiciário deixaria de “extrair as potencialidades” da Constituição deixando um campo de atuação também para outros Poderes atuarem. Ou seja, a Constituição seria obra, produto do Poder Judiciário. Somente quando fosse pelo Judiciário permitido, os demais Poderes poderiam atuar em suas esferas delimitadas constitucionalmente. Seria, portanto, uma obra caridosa do Poder Judiciário permitir a atuação dos demais Poderes.

De outro tanto, a teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein pretende se contrapor ao ativismo judiciário. É também, da mesma forma, uma teoria que propugna mais por um comportamento do Judiciário ao decidir casos. A ideia central de minimalismo judicial, para Cass Sunstein, é que as Cortes Constitucionais, ao decidirem os casos sob sua apreciação, devem deixar questões em aberto. Ocorrem dois fatores atrativos para a adoção de tal teoria: a) é que, deixando questões em aberto, a Corte não se submete ao peso do processo decisório, mormente em questões morais controversas;

Ronald. Unenumerated rights: wheter and How *Roe* should be overruled. *The University Chicago Law Review*, 59, 381, 1992, p. 381-432.

⁵⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*. p. 134.

⁵⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.p. 10.

b) também, e o mais fundamental, é provável que se diminuam os erros judiciais e, portanto, os danos daí advindos⁵⁷².

Há então para Sustain uma íntima relação entre minimalismo e democracia deliberativa. É que, assim agindo, as Cortes ofereceriam mais espaço para a reflexão e o debate público em níveis local, regional ou nacional. Promovendo mais debate, se promove mais democracia⁵⁷³.

A forma de atuação do minimalismo judicial obedece a duas características: estreiteza e superficialidade. A primeira significa que o minimalismo “tenta decidir casos antes do que estabelecer regras gerais”⁵⁷⁴. Dessa forma, atuaria com estreitamento de suas funções ao invés de decidir com profundidade a questão submetida. Ou seja, como diz Cass Sunstein, “eles decidem o caso à mão; eles não decidem outros casos também, exceto na medida em que uma decisão necessariamente atinja outros casos”⁵⁷⁵. O exemplo citado por Cass Sunstein é o da decisão da Suprema Corte norte-americana que anulou o programa de segregação sexual no Instituto Militar de Virginia: a decisão não diz muito sobre a legitimidade da segregação sexual na educação. Também a decisão, por maioria apertada, que deixou em aberto a possibilidade de um paciente capaz ter o direito de praticar o suicídio assistido⁵⁷⁶. Dessa forma, a Corte estaria atuando minimamente no sentido de se possibilitar a continuidade do debate. A segunda característica, de superficialidade (ao invés de profundidade), é que o minimalismo de Cass Sunstein tenta evitar questões de princípio básico. Ou seja, o minimalismo permite a convergência das pessoas sobre as questões de desacordo moral razoável. Há uma argumentação teorizada de forma incompleta, deixando questões em aberto⁵⁷⁷. A importância das duas características é relativa e não absoluta, já que Cass Sunstein acredita em um minimalismo não somente formal, mas também substancial. Ele, além daquele minimalismo formal, tem a necessidade de estabelecer um núcleo de compromissos que será sempre incompleto e abstrato. Assim, por exemplo, ter-se-ia o direito de voto, o direito de liberdade religiosa, a proteção contra prisão arbitrária, como núcleos pelos quais se pode mover o Poder Legislativo em

⁵⁷² SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism n the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4.

⁵⁷³ Idem.

⁵⁷⁴ No original: “[...] try to decide cases rather than to set down broad rules”. (SUNSTEIN, Cass. Ibidem. p. 10).

⁵⁷⁵ No original: “They decide the case at hand; they do not decide other cases too, except to the extent that one decision necessarily bears on other cases” (SUNSTEINS, Cass. Idem).

⁵⁷⁶ Idem.

⁵⁷⁷ SUNSTEIN, Cass. Ibidem. p. 11.

acorde com o Judiciário, sendo um produto histórico da sociedade, assim, o Direito seria tido como um produto dinâmico e em constante evolução⁵⁷⁸.

Todas as teorias chamadas de passivistas ou minimalistas tentam impor limites metodológicos à jurisdição constitucional⁵⁷⁹. Com um ou outro ponto de discordância, as teorias convergem no sentido de que o processo democrático de debate público é a condição necessária do bom funcionamento do Estado democrático. No intuito de evitar uma postura autoritária do Poder Judiciário, definida como ativista, elas formulam teorias que implicam na hipótese de que o Poder Judiciário deve se abster de decidir as questões morais controvertidas, deixando-as ao processo de formação da vontade e opinião pública.

Por mais que concordemos com o levantamento teórico e com as finalidades das referidas teorias, há, ainda, a questão da necessidade de indicar de qual maneira a Corte Suprema atuará no sentido de alcançar os objetivos de uma autocontenção, sem que isso implique em omissão do Judiciário na proteção, promoção e garantia dos direitos fundamentais.

Dessa forma, vislumbra-se um grande hiato no debate entre o ativismo e o passivismo judicial. Não há, de certo, uma forma rígida para caracterizar o ativismo e o passivismo. Contudo, é preciso formular uma hipótese que contenha segurança suficiente para se reconhecer a presença do ativismo ou passivismo.

De acordo com o marco teórico adotado, tem-se que a presença ou não de uma estrutura lógico-argumentativa, discurso de justificação e discurso de aplicação das normas, é capaz de fornecer uma forma segura para se verificar a presença de uma atuação medida ou desmedida do Poder Judiciário, ofendendo ou não o princípio da separação de Poderes.

5.3.A decisão no controle de constitucionalidade entre o discurso de fundamentação e discurso de aplicação

⁵⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. *Ibidem*. p. 61-63.

⁵⁷⁹ Menos mal que a intenção de se impor limites é realizada pelo debate público de opiniões e não através de um ato autoritário de outro Poder. Basta lembrar os exemplos da doutrina das questões políticas da República Velha, a possibilidade que a Constituição de 1937 concedeu ao Congresso Nacional suspender, a pedido do Presidente da República, as decisões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que a decisão que verifica a compatibilidade de uma norma com a Constituição é sempre uma aplicação da norma constitucional. O que significa, então, dizer que estamos diante de um caso de aplicação da norma jurídica?

Klaus Günther salienta, já na abertura de sua obra, que na aplicação de normas as razões apresentam-se diferentes daquelas que se podem alegar para a sua validade⁵⁸⁰. É importante, para ele, dimensionar que qualquer norma moral contém ínsita a referência ao caso concreto⁵⁸¹. Há uma proposta feita por Klaus Günther, semelhante à de Dworkin, de que cada caso é único e cada evento é reconstruído argumentativamente por meio do processo⁵⁸².

O discurso de fundamentação ou justificação de normas, para Günther, tem por objetivo perquirir acerca da validade das normas, aplicáveis ao caso adequado, utilizando-se do princípio da universalização, a partir da ética do discurso de Habermas. É bem verdade, pois, que, para Klaus Günther, a ética do discurso exige uma lógica argumentativa de discursos práticos considerando as características e dados do caso que têm importância para a fundamentação da norma⁵⁸³.

O discurso de fundamentação é aquele que considera apenas a norma em si, bem como os motivos pelos quais concluímos importante para observá-la:

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra⁵⁸⁴.

Para a justificação ou fundamentação de uma norma o importante é considerar a sua validade. Para Habermas, a validade de uma norma é aferida de acordo com que ele chama de princípio do discurso (ou princípio “D”) que assim se expressa: “Validas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos os los que puedan verse

⁵⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy editora, 2004. p. 21.

⁵⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *Ibidem*. p. 39.

⁵⁸² PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008. p. 60.

⁵⁸³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy editora, 2004. p. 50-52. Também: PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008. p. 60; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 280.

⁵⁸⁴ GÜNTHER, Klaus. *Ob. Cit.* p. 70.

afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”⁵⁸⁵.

O princípio democrático é a especificação do princípio do discurso que irá submeter às normas jurídicas ao crivo da validade ou não. Nesta medida, Habermas salienta:

[...] la finalidad del principio democrático es fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas. Pues lo único que dice es que solo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica. Con otras palabras, el principio democrático explica el sentido realizativo de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente⁵⁸⁶.

O princípio democrático não necessita de uma moral anterior ao próprio Direito para produzir legitimidade. Está ele próprio jungido a uma linguagem do Direito que “assume uma figura positiva nos direitos políticos de participação que são iguais para todas as pessoas”⁵⁸⁷. De acordo com Habermas, isso não impede os cidadãos de exercerem um juízo moral, sendo tais juízos os que permitem o sentimento de se sentirem coautores do projeto político ⁵⁸⁸.

Assim, para Habermas, o princípio do discurso exige uma versão abstrata em que nenhum tipo de tema ou questão e nenhuma classe ou espécie de argumentação sejam restringidos ao espectro da discussão da formação da vontade e opinião democrática⁵⁸⁹.

É por isso então que o discurso de fundamentação ou justificação das normas válidas admite razões de ordem pragmática, ético-políticas ou morais. Portanto, nos discursos de fundamentação é possível uma ampla gama de razões ou argumentos a que se dará legitimidade às normas jurídicas. Para Habermas, portanto, o princípio democrático resulta num importante papel na fundamentação das normas, estabelecendo

⁵⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit. p. 172.

⁵⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. Ibidem. p. 175.

⁵⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007. p. 94.

⁵⁸⁸ “Naturalmente, os cidadãos do Estado também devem ser capazes de emitir juízos morais; no entanto, eles não emitem tais juízos num contexto extra-jurídico do mundo da vida de pessoas naturais, e sim, no seu papel, juridicamente constituído, de cidadãos de um Estado autorizados ao exercício de direitos democráticos. Caso contrário, os destinatários do direito não teriam condições de se entender também como seus autores” (HABERMAS, Jürgen. Ibidem).

⁵⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit. p. 173.

que não há uma resposta sobre a forma como os assuntos políticos devam ser tratados argumentativamente⁵⁹⁰. O que há é um processo legislativo estruturado à luz do princípio democrático apto a oferecer fundamentação para as normas exclusivamente sob o ponto de vista jurídico⁵⁹¹.

Para Klaus Günther, adicionando os argumentos de Habermas, o que o discurso de fundamentação visa a averiguar é a validade da norma consistente na proteção de um interesse universalizável⁵⁹². Nesta medida, a validade de uma norma jurídica é encarada como “reciprocidad de consideración de intereses bajo condiciones que se mantienen iguales”⁵⁹³.

No discurso de fundamentação, portanto, “abstrai-se de considerações sobre hipóteses de conflito em situações (concretas) de aplicação”⁵⁹⁴; as normas serão consideradas válidas *prima facie*.

Se o discurso de fundamentação garante às normas jurídicas sua justiciabilidade ou legitimidade, o Direito exige mais. Exige também que cada ação ou fato seja avaliado de acordo com a sua correção normativa. Nesta medida, o processo de aplicação do Direito permite exigir um outro tipo de discurso, o de aplicação. Somente assim é possível garantir a validade e a correção normativa⁵⁹⁵.

O discurso de aplicação de uma norma refere-se à adequação de uma norma aplicável *prima facie*⁵⁹⁶. É, pois, a argumentação que leva em conta a adequação de normas válidas a um caso específico⁵⁹⁷. Há, como diz Günther, o encontro da razão definitiva do Direito⁵⁹⁸.

⁵⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 176.

⁵⁹¹ *Idem*. Neste sentido, também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2004. p. 62.

⁵⁹² GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995. p. 281.

⁵⁹³ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995. p. 282. Também BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 281.

⁵⁹⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Idem*.

⁵⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Trad. Ciaran P. Cronin. Cambridge: The MIT press, 1994. p. 35-36.

⁵⁹⁶ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995. p. 284. Também GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy editora, 2004.p. 70.

⁵⁹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação

Neste caso, o discurso de aplicação exige a consideração de todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto. A análise centra-se na adequação necessária para fundamenta um juízo normativo singular que “ha de apoyarse en el conjunto de todas las razones normativas susceptibles de poder considerarse, que resulten relevantes en virtud de una interpretación completa de situación”⁵⁹⁹.

O discurso de aplicação é aquele que visa adequar a aplicação de uma norma válida *prima facie*, levando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Faz-se uma reconstrução completa do referido caso, quando se consideram todos os sinais característicos de cada situação⁶⁰⁰. Obviamente, o Direito se vale de tal distinção para demarcar as espécies de discurso. Ou, como quer Habermas,

en los discursos jurídicos de aplicación ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constatación de roles en que la que las partes puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez⁶⁰¹.

A questão da adequabilidade de uma norma é uma reconstrução do caso concreto que o torne único e irrepitível⁶⁰². Isto é, segundo Habermas, “discursos de aplicação trouxeram para a visão hermenêutica que a norma adequada ganha significado concreto à luz das características mais salientes da situação, e que a situação é descrita, por sua vez, à luz das condições especificadas na norma”⁶⁰³.

Daí não se conclui necessariamente uma regra específica. O sistema principiológico do Direito impele que é impossível detalhar as hipóteses de sua

jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. (...)p. 63.

⁵⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995. p. 285.

⁵⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (...) .p. 289.

⁶⁰⁰ A relação é invertida: “A exigência absoluta de que, em algum momento sejam consideradas todas as situações é elevada à exigência de que, em uma única situação, examinem-se todas as características. [...] A decisão a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa” (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy editora, 2004.p. 70).

⁶⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit..p. 240.

⁶⁰² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Editora Juruá, 2009. p. 282.

⁶⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Trad. Ciaran P. Cronin. Cambridge: The MIT press, 1994. p. 37-38. No original: “discourses of application bring to bear the hermeneutic insight that the appropriate norm gains concrete significance in the light of the salient features of the situation, and the situation is described in turn in the light of the conditions specified in the norm”.

aplicação⁶⁰⁴. Portanto, o discurso de aplicação também deve pressupor que as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em conta, já que também são circunstâncias variáveis⁶⁰⁵.

Assim, portanto,

as decisões discursivamente tomadas nos processos de aplicação do Direito são para aqui e agora, além de estarem voltadas para um caso determinado e contarem com a participação de sujeitos individualizados. Não há necessidade de empreender uma reconstrução de toda a história institucional. Todavia, o processo de aplicação deve possibilitar o aporte de interpretações divergentes acerca da interpretação jurídica e da situação concreta⁶⁰⁶.

Nessa medida, podemos sistematizar o discurso de aplicação em quatro etapas, tal como descrita por Rafael Simioni:

[...] a) definição completa da situação concreta; b) relacionamento da situação concreta definida com todas as normas possivelmente aplicáveis; c) seleção da norma adequada à situação concreta definida; e d) análise da coerência entre a norma selecionada e todas as demais preteridas⁶⁰⁷.

O discurso de aplicação tal qual expõe Günther, “se refere não à aplicação correta de uma norma, mas à aplicação da norma correta (apropriada)”⁶⁰⁸. Assim, o mesmo pressupõe que: a definição completa da situação com a consideração de todos os sinais característicos relevantes; depois relacionar essa situação concreta com todas as normas que pretendem regular o caso concreto e, então, selecionar uma norma adequada em detrimento de outras normas. A norma adequada, para Günther, será aquela cujo “sinal característico em comum consiste em ser aplicável nesta situação”⁶⁰⁹. Mas há também a necessidade de se estabelecer a coerência entre a norma selecionada e as normas preteridas. A coerência para a escolha da norma adequada pode ser feita de acordo com um mundo da vida compartilhado intersubjetivamente: “Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com todas as outras normas

⁶⁰⁴ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 59.

⁶⁰⁵ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*. n.17-18, 1995.p. 283.

⁶⁰⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008. p. 61.

⁶⁰⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 194.

⁶⁰⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy editora, 2004.p. 55

⁶⁰⁹ GÜNTHER, Klaus. *Ibidem*. p. 348.

aplicáveis em (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação”⁶¹⁰.

Ou seja, como aduz Habermas, “seleciona-se, em meio às normas fundamentadas que apenas se candidatam para um caso dado, aquela que é, por sua vez, apropriada”⁶¹¹.

O Direito exige que a lógica argumentativa do discurso deve ser institucionalizada de forma distinta⁶¹². Dessa forma, é possível dizer, com apoio em Habermas, que, com base nesse processo de institucionalização do discurso, é que se procede a separação dos Poderes⁶¹³. A legislação e a jurisdição devem ser diferenciadas em uma estrutura lógico-argumentativa, isto é, com base na distinção entre discurso de fundamentação e de aplicação⁶¹⁴.

Dessa forma, a jurisdição deve sempre refletir um discurso de aplicação. Como esboça Flavio Quinaud Pedron ao legislador competirá a fundamentação das normas válidas, enquanto que o aplicador do Direito deverá adequá-la às circunstâncias do caso concreto que lhe apresente:

Por meio dos discursos de justificação, o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões normativas e pragmáticas, traduzindo-as à luz do código do Direito. O aplicador jurídico, por outro lado, encontra uma constelação de normas bem mais limitadas – ele apenas pode lançar mão das escolhas já feitas pelo legislador. Além disso, todas as escolhas do legislador, uma vez traduzidas conforme o código do Direito, agora funcionam sob a lógica jurídica. Por isso mesmo a tarefa deixada a cargo do aplicador não é mais justificar tais razões, mas encontrar, dentre as que o legislador considerou como *prima facie* válidas, a adequada para fornecer uma fundamentação acerca da correção da ação singular trazida pelo caso *sub judice*⁶¹⁵.

Assim, o legislador poderá utilizar-se de argumentos amplos para fundamentar as normas, enquanto que o aplicador deve limitar a sua aplicação, adequação ao caso concreto.

⁶¹⁰ GÜNTHER, Klaus. Ibidem.p. 355.

⁶¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 277

⁶¹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit.p. 240.

⁶¹³ Idem.

⁶¹⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008. p. 61. Ver, também, SAMPAIO, José Adercio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 429.

⁶¹⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.p. 63.

Talvez em virtude de tal distinção, Jürgen Habermas lance olhares de desconfiança sobre o controle de constitucionalidade concentrado ou na via principal⁶¹⁶. A questão que Habermas considera problemática no controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais Constitucionais é, em geral, a argumentação, seguindo a jurisprudência dos valores, de que para sua legitimidade democrática este transforma princípios jurídicos deontológicos em bens jurídicos teleológicos⁶¹⁷.

No entanto, é preciso ressaltar, com tranquilidade, que também a atividade de controle de constitucionalidade na via principal ou concentrada é sempre a aplicação de normas jurídicas. Como diz Marcelo Cattoni é “possível compreender o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, tanto em via incidental quanto em via principal, como atividades processualmente institucionalizadas de aplicação do Direito”⁶¹⁸.

A decisão no controle de constitucionalidade não pode ser fruto de um discurso de fundamentação, já que ela é exercício da função jurisdicional⁶¹⁹. Por isso, uma “decisão de uma Corte Constitucional em sede de controle abstrato precisa conformar-se aos limites dos discursos de aplicação”⁶²⁰. Com efeito, apesar de Habermas dizer que o controle da constitucionalidade em via principal é apenas um controle do processo de produção da lei, para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, acepção que concordamos em linhas integrais, “esse controle não pode limitar-se ao exame dos requisitos do processo legislativo. Ao verificar a adequação de uma norma ao caso concreto, o Judiciário deve poder afastar uma norma ordinária e aplicar diretamente a Constituição”⁶²¹.

Concluindo ser incorreto quem pense que, em virtude dos efeitos “erga omnes”, a decisão no controle concentrado de constitucionalidade seria sempre uma decisão no âmbito do discurso de fundamentação:

Essa decisão não é uma lei, tampouco o Tribunal, um legislativo político. O caráter generalista da decisão não a transforma em provimento legislativo, vez que a mesma não se sustenta num discurso de justificação, no qual

⁶¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit. p. 313 e ss.

⁶¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. p. 326 e ss.

⁶¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2006. p. 171.

⁶¹⁹ Em sentido oposto, Luis Prieto Sanchís ao defender que, em virtude da separação ou abstração dos interesses concretos, o controle concentrado de constitucionalidade apenas se limite a exercer discurso de fundamentação (PRIETO SANCHÍS, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*. N. 23 (2000). p. 161-195. p. 171)

⁶²⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2004. p. 248.

⁶²¹ . *Idem*.

argumentos pragmáticos e ético-políticos são trabalhados do início ao fim do processo, isto é, o fato de a decisão assumir a forma de uma norma genérica e abstrata não permite a conclusão de que foi produto de um discurso de fundamentação. Ao contrário, a ação do Tribunal será sempre reconstrutiva, pois está presa inicialmente aos trabalhos do legislador e depois às conclusões da via concreta do controle de constitucionalidade. Além disso, a decisão na via abstrata deve saber trabalhar com o agir estratégico das partes, depurado na via concreta⁶²².

Assim, poderá o Tribunal legitimamente afastar uma norma ordinária com base nos direitos fundamentais, sem que isso implique na redução da função do controle de constitucionalidade em via principal “às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade”⁶²³. Ademais, ressalte-se que os direitos fundamentais são cooriginários ao processo de formação da opinião e vontade públicas, razão pela qual deve a Corte Constitucional analisar a conformação de um ato normativo com estes. Nesta medida, Habermas, sem mencionar explicitamente tal ordem de ideias, mas seguindo a lógica de sua teoria, vê o controle de constitucionalidade como atividade natural:

Pero consideradas las cosas normativamente, el legislador político, ni en Alemania ni en ninguna otra parte, está facultado para restringir o abolir derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional puede anular tales decisiones por vía del control de normas⁶²⁴.

É de se salientar que a decisão no controle concentrado de constitucionalidade deverá sempre partir da reconstrução do caso concreto. Ora, é impossível visualizar uma norma abstratamente, sem que se leve em consideração sua aplicação à luz das circunstâncias específicas. Nessa medida, é que se pode dizer que a lógica argumentativa que deve seguir uma decisão no controle concentrado é a de um discurso de aplicação, adequando-se a norma jurídica produzida pelo legislativo à Constituição e, acaso ocorra um confronto, a aplicação da própria Constituição ao caso concreto. Como salienta Marcelo Cattoni

[...] se a adequabilidade do juízo jurídico-normativo não é auto-evidente ou existe de *per se*, mas é uma (re)construção, que levante pretensões de validade no quadro de um determinado paradigma de Direito e de Estado, a

⁶²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Ibidem*. p. 249.

⁶²³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2006. p. 172.

⁶²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Ciudad do México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 169.

adequabilidade só pode ser buscada discursivamente, através do processo jurisdicional⁶²⁵

Conforme aduz Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o exercício do controle de constitucionalidade pode averiguar a adequação de uma norma ordinária com base em decisões tomadas anteriormente na via difusa⁶²⁶.

Tem-se, pois, que uma decisão, proferida em sede de controle concentrado, de acordo com a argumentação do discurso de fundamentação, traz sérios problemas à sua legitimidade diante de uma ordem constitucional democrática. Ainda que se possa indagar acerca do controle concentrado de constitucionalidade de atos legislativos ordinários e emendas constitucionais que, pela sua recente validade, não tenham sido objeto de aplicação; nossa crença é a de que, ainda assim em tal hipótese, não se exclui o dever do Supremo Tribunal Federal de analisar mesmo em controle concentrado as circunstâncias fáticas de aplicação da norma.

5.4.A formulação de um conceito constitucionalmente adequado de ativismo judicial

Os parâmetros teóricos, aqui, fornecidos pela teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas, permitem uma compreensão específica de ativismo judicial. Vale dizer, a partir da distinção entre o discurso de fundamentação utilizado pelo Poder Legislativo para a criação de normas jurídicas e o discurso de aplicação utilizado pelo Poder Judiciário, fácil ver que ativismo judicial assume um significado específico diante de um Estado Democrático de Direito.

⁶²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. ob. cit.p. 71.

⁶²⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2004. p. 248. Corroborando o posicionamento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz a Lei 9.868/99 possibilita que o Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado solicite informações acerca da aplicação da lei para os Tribunais inferiores: “Art. 9º [...] §2º. O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição” e “Art. 20 [...] §2º. O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição”. Também a Lei 9.882/99: “Art.6º. rt. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”.

De um modo geral, conforme vimos acima, ativismo judicial quer dizer um comportamento do Poder Judiciário que implica em uma problemática para a separação de Poderes. A maneira como a teoria jurídica conceitua ativismo judicial, contudo, não oferece maiores subsídios para visualizar como e quando ocorre uma decisão que implique em uma ofensa à separação de Poderes. Destarte, a teorização se torna retórica e vazia.

Entrementes, a teoria discursiva do Direito oferece um aporte mais seguro para que se caracterize ativismo judicial como sendo a hipótese em que o Poder Judiciário, ao invés de decidir os casos à luz do discurso de aplicação, passa então a exercer discurso de fundamentação em decisões judiciais.

Veja-se, pois, que as hipóteses argumentativas são bem distintas e podem demarcar com precisão o espaço constitucionalmente delimitado para os poderes Legislativo e Judiciário. Enquanto no discurso de fundamentação, a lógica argumentativa permite a inclusão do mais amplo espectro de razões, tais como argumentos morais, éticos, políticos, religiosos e pragmáticos; o discurso de aplicação, ao contrário, apenas é a verificação da integridade do ordenamento jurídico, a correção normativa de uma ação. Desta feita, o Poder Legislativo, no processo de criação de norma, pode se valer do mais amplo espectro de argumentos para assegurar a validade de uma norma, desde que tal criação implique sempre na obediência ao princípio democrático.

Uma decisão jurisdicional, portanto, será ativista na medida em que invada o discurso de fundamentação próprio do Poder Legislativo. O ativismo judicial ocorre quando uma decisão busca utilizar argumentos morais, éticos, políticos, religiosos ou pragmáticos ao invés de discursos jurídicos de aplicação imparcial das normas jurídicas. A separação de poderes, conceituada pela teoria discursiva de acordo com a institucionalização do discurso, ficaria em xeque.

Diante da característica de pós-convencionalidade⁶²⁷ das sociedades multiculturais de hoje, é impossível se pretender o consenso em torno de questões

⁶²⁷ Günther retoma a teoria de desenvolvimento moral de Kohlberg que classifica em três níveis o desenvolvimento moral de uma criança, a fim de compreendermos como formulamos decisões em normas de ação. Os níveis são da pré-convencionalidade, convencionalidade e pós-convencionalidade. Convencionalidade significa que a conformidade das ações advém da autoridade das regras que, por seu turno, estão baseadas em um acordo da sociedade. No nível de pré-convencionalidade, o indivíduo não compreende que valores e regras vem de tal acordo, portanto reifica-as. Já, no nível pós-convencional, os indivíduos além de compreender que regras e valores se baseiam nesse acordo da sociedade, crê que tais advém também de princípio anteriores que podem, inclusive, alterar tais acordos (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo:

éticas, morais ou religiosas. A integração somente poderá ser feita de acordo com uma cultura política de consideração dos membros da comunidade como membros livres e iguais⁶²⁸. Nesta medida, não haverá consensos em torno de questões éticas ou morais.

O Poder Judiciário, assim, não poderá decidir um caso ou um litígio pretendendo impor questões morais, éticas ou políticas, tendo em vista a pluralidade de visões de mundo existentes em nossa sociedade.

Nesta medida, qualquer decisão jurisdicional, inclusive as proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, da mais simples de pronúncia de inconstitucionalidade até as chamadas sentenças intermediárias⁶²⁹, não pode permitir ao juiz ou Tribunal “impor suas valorações/preferências pessoais, vez que a identidade da sociedade já fixou no processo constituinte os elementos ético-políticos da mesma”⁶³⁰.

Ora, dessa forma, o efeito vinculante, da forma como vem sendo concebido, qual seja, da transcendência dos motivos determinantes, constitui em uma das formas, talvez a mais perniciosa, de ativismo judicial⁶³¹.

Vale dizer, o efeito vinculante assim concebido passa a admitir que o Supremo Tribunal Federal imponha uma postura determinada aos demais órgãos e autoridades incumbidos de aplicação da Constituição. Impõem, assim, concepções morais, éticas, políticas para os demais poderes, transformando seus discursos em discursos de fundamentação, típicos do Poder Legislativo.

Neste sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

O efeito vinculante, tal como admitido pela Jurisprudência de Valores, concede às decisões de controle abstrato de inconstitucionalidade força de lei, ou seja, transforma-as em discursos normativos de fundamentação, com todas as consequências já examinadas. Dessa forma, tal efeito vinculante passaria a obrigar órgãos e autoridades que não haviam integrado o processo, fazendo

Landy editora, 2004. Ver também, GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999, p. 191-210).

⁶²⁸ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, *Direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 216.

⁶²⁹ Ver, pois, sobre as decisões intermediárias MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. Também SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO. José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁶³⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2004. p. 249.

⁶³¹ Com considerações distintas, porém com resultado igual, de que o efeito vinculante é uma forma de ativismo, ver VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

com que se adaptassem a uma postura fixada pela Corte Constitucional. Sob essa concepção o efeito vinculante não pode ser admitido⁶³².

Para se preservar a separação de poderes não é possível conceber o efeito vinculante como transcendência dos motivos determinantes, ou seja, que os demais órgãos jurisdicionais e órgãos do Poder Executivo estejam obrigados a observar a fundamentação da decisão, pois, tal implicaria não no seguimento de uma decisão jurídica, mas sim na imposição de uma postura, de uma determinada visão de mundo, aos demais órgãos públicos. Nessa medida o Supremo Tribunal Federal transformar-se-ia no guardião dos valores de uma comunidade. Por isso é que corretamente se pode falar que o efeito vinculante – abrangeríamos também as súmulas vinculantes – visa eliminar a divergência interpretativa, o debate jurídico ocorrido nas esferas judiciais inferiores, fazendo com que estas adotem a mesma postura ou compartilhem a mesma visão de mundo do Supremo Tribunal Federal:

O efeito e a súmula vinculantes caracterizam-se como mecanismos de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como mecanismos de correção. Eles visam que os juizes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal e dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência⁶³³.

Veja-se, pois, que a *ratio decidendi* não pode ser vista como se fosse uma lei, como se fosse aplicável além da situação concreta ou das circunstâncias específicas de aplicação⁶³⁴. A compreensão inadequada do que seja uma decisão judicial acaba refletindo no efeito vinculante, transformando-o em uma apropriação ilegítima do discurso de fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese, num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal abraçar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, conforme o julgamento da Rcl 1987/DF vista no primeiro capítulo, a partir do julgamento da Rcl 3014/SP, rel. Min. Ayres Britto, em contra partida, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a transcendência dos motivos determinantes em um verdadeiro *overruling* da matéria⁶³⁵.

⁶³² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2004.p. 257.

⁶³³ MAUES, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010. p. 371.

⁶³⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p. 43.

⁶³⁵ O julgamento foi realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal o que indica uma discussão em torno da matéria: “EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO

Neste mesmo julgamento, no intuito de salvar e garantir a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, só que sob outra denominação, ao menos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-*vista*, aduz o seguinte:

Creio que a controvérsia reside não na concessão de efeito vinculantes aos motivos determinantes das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, mas na possibilidade de se analisar, em sede de reclamação, a constitucionalidade de lei de teor idêntico ou semelhante à lei que já foi objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal. [...] ainda que não se empreste eficácia transcendente (efeito vinculante dos fundamentos determinantes) à decisão, o Tribunal, em sede de reclamação contra a aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderá declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade⁶³⁶.

Com o devido respeito, parece-nos que Gilmar Mendes apenas modifica o rótulo da transcendência dos motivos para que se possa aplicar, em juízo autoritário e sem discussão processual, o entendimento da corte proferido em outro processo de controle de constitucionalidade. Se a lei, ainda que de conteúdo idêntico, não passou pelo crivo da análise do controle concentrado de constitucionalidade, é de se admitir que se presuma válida e constitucional, razão pela qual não caberá a viabilidade do instituto da reclamação. Ao admitir o cabimento da reclamação por essa via *estar-se-ia*, por via oblíqua, admitindo a transcendência dos motivos determinantes⁶³⁷.

ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, **o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal.** 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 "por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)", este se limitou "a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional". 3. Reclamação julgada improcedente" (STF, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010)(Negrito nosso)

⁶³⁶ STF, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010.

⁶³⁷ Neste sentido, o julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 11478/CE, assim ementado: "A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes (STF, Primeira Turma, Rcl 11478 AgR / CE, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 21/06/2012). Em decisão mais antiga, o Ministro Sepúlveda Pertence captava bem a semelhança entre a transcendência dos motivos determinantes a decisão de inconstitucionalidade de lei de conteúdo idêntico: "I. Reclamação: cabimento para garantir a autoridade das decisões do STF no controle direto de constitucionalidade de normas: hipóteses de cabimento hoje admitidas pela

Por mais que se saiba que a teoria da transcendência dos motivos determinantes não tenha sido rechaçada de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, havendo sempre a possibilidade de ser aplicada em determinados casos, o que traz esperança é que esta vem sofrendo fortes resistências no âmbito interno da Corte⁶³⁸.

5.5.Fundamentação de direitos para minorias políticas? O Poder Judiciário como guardião das promessas não cumpridas da democracia

Poder-se-ia argumentar que os discursos de fundamentação são passos necessários para os discursos de aplicação. Não haveria uma distinção fundamental entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação, na medida em que uma norma criada ou aplicada a partir de uma situação concreta da vida precisa ser fundamentada, bem como seria necessário sua fundamentação, também, para a sua rejeição. Neste sentido, a crítica de Alexy:

A situação de aplicação concreta tem, por dois fundamentos, um significado teórico-discursivo genuíno. O primeiro é que ela, por causa da sua riqueza em características, é uma pedra de toque de tipo particular. A exigência de considerar todas as suas características é um postulado de racionalidade elementar. Ela, desde há muito, na fórmula “sob consideração de todas as circunstâncias do caso particular”, encontrou sua expressão. Cada sistema jurídico desenvolvido mostra como a consideração de todas as circunstâncias leva a um processo permanente de precisão, modificação, rejeição e criação nova de normas. Sob esse aspecto, a situação de aplicação concreta é uma instância falível irrenunciável. Mas isso também é tudo. A norma precisada, modificada ou criada nova por motivo de um caso deve ser suscetível de justificação em um discurso de fundamentação e a norma rejeitada deve poder ser mostrada como não fundamentável⁶³⁹.

jurisprudência (precedentes), que, entretanto, não abrangem o caso da edição de lei de conteúdo idêntico ou similar ao da anteriormente declarada inconstitucional, à falta devinculação do legislador à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente, que há de ser objeto de nova ação direta[...]” (STF, ADI 1850 MC / RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27-04-2001).

⁶³⁸ Basta ver, por exemplo, julgamentos ocorridos desde o ano de 2010: conforme Rcl 11.477-AgR, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 21.6.2012; Rcl 11.484, rel.Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.4.2011; Rcl 11.479, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.4.2011; Rcl 13.898, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe11.6.2012.

⁶³⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010. p. 59.

Dessa forma, Alexy faz com que o discurso de aplicação dependa do discurso de fundamentação, resultando na impossibilidade de haver diferença entre um e outro⁶⁴⁰.

Somente com a consideração da teoria alexyana de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral é que se pode admitir tal hipótese⁶⁴¹. Ou seja, ao colocar uma conexão entre o direito e a moral em que esta pode servir às instâncias jurídicas como instância corretiva, é possível dizer que discursos de aplicação também contêm discursos de fundamentação, já que seria permitido à moral – presente no discurso de fundamentação – imiscuir-se no Direito – presente no discurso de aplicação. Assim, toda decisão judicial teria uma pretensão à correção moral. Pressupor-se-ia a moral como uma instância superior ao Direito, no sentido de que este deve sempre se submeter às exigências da moral⁶⁴².

Naturalmente, se quisermos pensar o Direito como uma instância autônoma, ainda que se possa dizer não dependente, mas interdependente da moral, é necessário imaginarmos uma co-originalidade entre Direito e moral, tal qual faz Habermas, e, portanto, de complementariedade entre as instâncias do direito positivo e da moral.

Embora o ponto em comum entre Direito e moral esteja no fato de tratarem os mesmos problemas, eles o fazem de modo distinto⁶⁴³. O Direito, para Habermas, submeter-se-ia ao princípio democrático de que normas válidas são aquelas que possam ser assentidas e compartilhadas pelos seus destinatários e, portanto destinam-se a expressar a manifestação da vontade particular dos membros de uma comunidade jurídica determinada. Já, a moral, ao contrário, serve para os contextos de interesses gerais, sendo reguladora do que é de interesse de todos⁶⁴⁴. Nessa medida é que Habermas admite que argumentos morais adentrem no Direito, mas somente enquanto discursos de fundamentação.

⁶⁴⁰ *Ibidem*. p. 60.

⁶⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 210 e ss.

⁶⁴² ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95.

⁶⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit..p. 171-172.

⁶⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. ob. cit.p.219. Ver também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 45-56.

Somente com essas advertências em torno da pretensão teórica é que se pode compreender a afirmativa controvertida de Habermas de que:

Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito - a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação⁶⁴⁵.

Uma leitura apressada da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas poderia levar a crer que, no caso de inexistência de uma norma jurídica para alguma pretensão, poderia a Jurisdição utilizar-se de discursos de fundamentação a fim de satisfazer as condições de reconhecimento de direitos.

Assim, em hipóteses nas quais indivíduos não encontram uma resposta satisfatória em suas demandas perante os outros poderes estatais, o Poder Judiciário estaria legitimado a substituí-los, tudo sob o pano de fundo de reconhecimento de direitos para as minorias, aliadas do processo político. O Poder Judiciário seria o guardião das promessas da democracia.

Por exemplo, poder-se-ia argumentar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ (R. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011) que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil⁶⁴⁶, impedindo qualquer interpretação ao referido ato normativo que implique no não reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Neste ponto, pode haver quem diga fundada em uma equivocada compreensão da teoria discursiva que o Supremo Tribunal Federal exerceu num discurso de fundamentação para criar uma norma jurídica ainda inexistente no ordenamento jurídico. Vale dizer, a literalidade do texto normativo constitucional (art. 226, §3º da CF/88) parece indicar que a proteção da união estável só se dá quando há um relacionamento heteroafetivo⁶⁴⁷. O Supremo Tribunal Federal, portanto, teria fundamentado a existência de um direito a partir da

⁶⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. II, 2ª edição. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 183.

⁶⁴⁶ A redação do art. 1723 do Código Civil: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁶⁴⁷ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

constatação da inércia do legislador em responder a este tipo de demanda, exercendo um juízo discricionário de interpretação constitucional que lhe cabe nos casos difíceis.

Há, então, aqueles que desferem críticas a tal decisão jurisdicional ao argumento de ter sido ativista, de ter substituído o poder constituinte derivado em sua tarefa de conformar a Constituição às novas realidades. Assim, por exemplo, a conhecida crítica de Lenio Streck:

é a Constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”...! O que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! É por isso que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador...! [...] não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela” (uma verdadeira “Constituição do B”), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “invidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? “Chame-se o Judiciário [...]”. Ou “criemos um princípio”, que “valerá” mais do que a Constituição...! [...] Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais por que o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle stricto sensu de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”⁶⁴⁸.

O Poder Judiciário, na crítica de Lenio Streck, teria exercido um verdadeiro poder constituinte ao ir de encontro ao texto expresso da Constituição. Modificou, assim, o próprio sentido expresso pelos fundadores de nosso projeto político. Conclui, então, que “os pré-compromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determina”⁶⁴⁹, qual seja, pelo próprio Poder Reformador.

Conquanto se possa dizer que a o argumento de que o Poder Judiciário pode exercer discurso de fundamentação para reconhecer direitos das minorias alijadas possa ser louvável no plano prático, tem-se que não é necessário um desvirtuamento na teoria

⁶⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomáz; BARRETTO, Vicente de Paula. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*1(2):75-83 julho-dezembro 2009. p. 81.

⁶⁴⁹ *Ibidem*. p. 83.

discursiva no intuito de justificar o resultado, tão caro ao projeto democrático de inserção de reconhecimento de direitos das minorias políticas.

É que, no exemplo do julgamento das questões homoafetivas acima citado, o Supremo Tribunal Federal não exerceu nenhum discurso de fundamentação, no sentido de utilização de razões morais, éticas, políticas ou religiosas para se reconhecer o direito da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Defendemos, pois, que houve de fato exercício de discurso de aplicação. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar, juntamente com Menelick de Carvalho Netto, que “muitas alterações constitucionais verificaram-se na história do constitucionalismo mediante alterações na gramática das práticas sociais de tal sorte que passamos a lê-los consoante a ressignificação dos próprios direitos fundamentais”⁶⁵⁰. Os próprios direitos fundamentais e suas aplicações são resultado de um processo histórico e também complexo, e “a um só tempo universal, mas sempre individualizada; comum, mas sempre plural”⁶⁵¹. Por isso é que se deve ter na devida conta que a promoção de um direito fundamental implica sempre na exposição do espaço invisível da exclusão de outros direitos fundamentais. É que, como resalta Menelick de Carvalho Netto com apoio em Michel Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional⁶⁵² é sempre

um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos⁶⁵³.

Dessa forma, a exata compreensão dos direitos fundamentais, e consequentemente do paradigma em que se apoia, é a de “tomá-los como algo permanentemente aberto, vendo a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania”⁶⁵⁴.

Posto isto, não podemos acreditar que o julgamento do Supremo Tribunal Federal fora fruto de um discurso de fundamentação. Não há qualquer imposição de argumentos morais, políticos, religiosos ou éticos na decisão que nos leve a crer em tal

⁶⁵⁰ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. ob. cit. p. 36.

⁶⁵¹ *Ibidem*. p. 41.

⁶⁵² Ver, pois, ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2003.

⁶⁵³ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. ob. cit. p. 43.

⁶⁵⁴ *Idem*

questão. O que houve – e há de sempre haver – é um reconhecimento de um direito da minoria política com base justamente em uma aplicação de normas.

O Supremo Tribunal Federal à luz das circunstâncias do caso concreto, em vista, pois, da própria alteração na gramática das práticas sociais, qual seja, nova concepção da própria igualdade entre sujeitos, que indicava uma situação fática desigual entre casais heteroafetivos e homoafetivos, indicou a norma jurídica que, *prima facie*, buscava aplicação/concreção. No caso, portanto, a norma jurídica adequada para regular a situação não é o art. 226, §3º da Constituição Federal, como muitos acreditam, mas sim o §2º do art. 5º da Constituição Federal que permite entender os direitos fundamentais como um projeto sempre aberto a autorizar uma nova inserção naquele catálogo de direitos também aberto. Nesta medida, o discurso foi o de aplicação. Aplicação de uma norma jurídica constitucional que, à luz das circunstâncias fáticas de desigualamento que se apresentava no seio social, permitiu ser a mais adequada.

Temos então, como conclusão, que o ativismo judicial só pode ser corretamente interpretado à luz da diferenciação discursiva entre os Poderes estatais. Um Poder Judiciário que, ainda que sob o argumento válido de proteção dos direitos fundamentais, exerce um discurso típico do Poder Legislativo, sendo pernicioso para a própria democracia. Afinal, além de abalar as estruturas consolidadas do Estado Democrático acaba exercendo uma função para a qual não foi eleito pelo verdadeiro detentor do poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde observar, ao longo do trabalho, há certa indefinição acerca do sentido atribuído ao termo ativismo judicial. Em torno dos vários sentidos que se atribui à expressão, aquela que o define como uma postura dos órgãos do Poder Judiciário que, no exercício de suas atribuições, acabam por exceder os limites indicados é a que nos parece mais correta.

Nessa medida, ativismo judicial pode ser encontrado em qualquer exercício da atividade judicante. Seja no mais singelo julgamento cujos efeitos não passarão das partes litigantes, tal como, por exemplo, a decretação de um divórcio, uma ação de responsabilização civil por defeito do produto no âmbito consumerista, até em julgamentos que implicam em efeitos para toda a sociedade e cujo resultado interesse para toda comunidade política, tal qual ações civis coletivas e também ações que digam respeito ao cumprimento da Constituição, o Poder Judiciário poderá desbordar de sua função de aplicação do direito, excedendo os limites constitucionalmente fixados, e passando a exercer outras funções que a Constituição expressamente vedou.

No presente trabalho, o recorte epistemológico possibilitou visualizar o fenômeno do ativismo judicial no controle concentrado de constitucionalidade. Na atividade de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade da lei ou ato normativo por vezes o Poder Judiciário quer substituir o próprio Legislador na criação de normas jurídicas, substituindo o procedimento democrático de deliberação.

No primeiro capítulo, em um primeiro momento, a reconstrução da tradição do controle de constitucionalidade, tanto na vertente comparada como sua incorporação à tradição jurídica nacional, permitiu a contextualização de nosso sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como a inovação trazida com a Emenda Constitucional n. 3/93, qual seja, o efeito vinculante.

A introdução do efeito vinculante em nosso sistema de controle de constitucionalidade foi acompanhada da ideia, importada do Direito tedesco, de que este abrangeria os fundamentos da decisão, enquanto que o efeito *erga omnes*, já presente em nossa tradição jurídica, diria respeito ao dispositivo da decisão.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, adotou tal teoria trazendo contornos ainda mais problemáticos ao nosso sistema de controle de constitucionalidade. É que, em face do paradigma de Estado adotado pela Constituição Federal – Democrático de Direito –, as decisões jurisdicionais não podem utilizar argumentos que não sejam o de aplicação do Direito.

Mesmo o controle concentrado de constitucionalidade não pode ser visto como um discurso de justificação de direitos. Por mais que a teoria jurídica insista na sua abstração, na sua feição longe das características concretas, a maneira legítima de visualizá-lo em um Estado Democrático de Direito, é que este também sempre parte da reconstrução da aplicação da norma ao caso concreto. É dizer, não se pode analisar a compatibilidade de um ato normativo com a Constituição se não imaginarmos sua aplicação de acordo com as circunstâncias fáticas. O controle concentrado de constitucionalidade não é um processo objetivo destituído de um caso concreto. Suas circunstâncias fáticas é exatamente a aferição da constitucionalidade ou não da norma objeto de controle.

Para resgatar a própria legitimidade do exercício do controle de concentrado, ao invés de concebermos uma proeminência a este devemos dar uma maior importância ao controle difuso. Pensar que os juízes e Tribunais inferiores estariam jungidos à fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado é permitir que este se utilize de discurso de fundamentação, impondo argumentos éticos, morais, religiosos e outros aos demais poderes públicos. É ver, também, que o Supremo Tribunal Federal se transformaria em um guardião dos valores da Constituição.

A separação de Poderes, pelo menos em sua formulação original de Montesquieu, vem sendo posta à prova pela complexificação da sociedade moderna. O núcleo central da ideia, a contenção da soberania, ainda persiste. O desequilíbrio entre os poderes, se antes adviria da possibilidade de um deles dominar os meios materiais de coerção, na modernidade o desequilíbrio advém da possibilidade de um deles se apropriar do discurso de produção da verdade.

O Direito moderno é configurado exatamente com a ideia de que a cada um dos poderes pertence um discurso argumentativo distinto. Há, então, diferentes centros produtores de decisão. Enquanto ao Poder Judiciário incumbe a produção de decisão jurídica, os Poderes Legislativo e Executivo se valem da produção de decisão política.

Mas, a soberania popular não está partilhada entre eles (e nem pertence exclusivamente a um dos mesmos) mas, desde o marco aqui adotado, ela é reconduzida ao poder comunicativo dos cidadãos, isto é, se não há qualquer superioridade entre os poderes estatais, o exercício legítimo das funções de cada poder está ligado ao respeito à soberania popular, como poder comunicativo que impõe limites e organização a cada uma das funções.

Fala-se, de outro modo, mormente na função de guarda da Constituição como objetivo maior do Estado, que os poderes poderiam dialogar entre si, fazendo com que a separação absoluta entre funções desse lugar à cooperação entre eles. No entanto, ainda que inconscientemente, as teorias que pregam um diálogo entre os poderes estão, *ipso facto*, reconhecendo que a cada um corresponde uma institucionalização de procedimentos diferenciados de formação da vontade pública.

Nesta medida, o diálogo e a cooperação entre os poderes é efetivado através da utilização de discursos argumentativos próprios para cada procedimento de formação da vontade pública.

Dessa forma, a teoria discursiva do Direito de Habermas, eleita como norte teórico da indagação presente no trabalho, é capaz de fornecer subsídios para o exercício legítimo da jurisdição constitucional. A proteção e guarda da Constituição não podem ficar sob a tutela de um ou outro dos poderes estatais, tal qual o longo debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt propunha. Se a Constituição é um projeto aberto pertencente a toda comunidade política, e a interpretação/aplicação da Constituição é realizada em cada evento único e irrepetível da vida cotidiana, a tarefa de guarda e respeito da Lei Maior, como documento que plasma a um só tempo a contenção do poder e o exercício dele, deve ser atividade que diga respeito a todos aqueles que são destinatários de suas normas e que, ao mesmo tempo, possam dar significância normativa aos seus preceitos.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal deve afirmar a Constituição Federal como ponto de partida da ordem política e social. A Constituição deve ser encarada como condição de possibilidade para a afirmação da ordem democrática, ou seja, dentro de seu interior há uma relação entre constitucionalismo e democracia⁶⁵⁵.

Para fundamentar suas hipóteses teóricas de valorização dos precedentes, vários autores têm considerado que nossa tradição jurídica se aproxima da tradição do

⁶⁵⁵ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2008.p. 98.

common law. O controle de constitucionalidade não fica ao largo dessa discussão. Com supedâneo em tal aproximação entre os sistemas jurídicos, e com fonte imediata nos estudos acerca dos precedentes no *common law*, é que a teoria jurídica constitucional tenta definir *ratio decidendi* como a parte da decisão que vincularia as demais instâncias ordinárias quando do controle concentrado de normas.

O efeito vinculante das decisões jurisdicionais estaria na diferença que se faz entre a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, presente na primeira e ausente na segunda. Assim, com a expressão efeito vinculante teoriza-se que a *ratio decidendi* da decisão em controle concentrado de constitucionalidade é que seria de observância obrigatória para os demais órgãos do poder judiciário e autoridades encarregadas de aplicação da lei.

Se se entender deste modo, temos que a decisão no controle concentrado de constitucionalidade pode ser definida como ativista, na exata medida em que passa a ser uma prática discursiva de fundamentação de direitos, não de aplicação.

Não se propugna que o Poder Judiciário assuma uma postura passivista. O que se quer é que, mesmo nas ações que versem exclusivamente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica, o Poder Judiciário exerça discurso de aplicação, não de criação de normas, de acordo com seu procedimento juridicamente institucionalizado de formação da vontade pública no paradigma do Estado Democrático de Direito. Não é sua tarefa a fundamentação de direitos, eis que tal implicaria na utilização de argumentos morais, éticos, políticos que não condizentes com sua atividade.

Portanto, nossa hipótese é a de que o controle concentrado de constitucionalidade não é um mal em si mesmo. Apenas na medida em que ele seja exercido autoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal, à revelia do paradigma de Estado adotado pela Constituição, é que tornará seu exercício problemático dentro de um constitucionalismo comprometido com a cidadania.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, Geoges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALBUQUERQUE SILVA, Celso. *Do efeito vinculante: sua legitimação e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. Oxford University Press and New York University School of Law, Number 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *Condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2010.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martins Claret, 2001.

BACHA E SILVA, Diogo. Interpretação na teoria pura do Direito: mitos e equívocos da crítica ao normativismo kelseniano. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 133, p. 64-73, mar. 2012.

BACHA E SILVA, Diogo. Modernidade e a exclusão indigenista: ideologia e autopoiese no Estado nacional. *Forum Administrativo-FA*, Belo Horizonte, ano 12, n. 131, p. 44-51, jan. 2012.

BAHIA, Alexandre e NUNES, Dierle. Crise da democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*; nº 100, jan/jun de 2010, p. 57-83.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo - Repra*, ano 37, n. 206, abril 2012, p. 359-379.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe (orgs.) *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, p. 87-103, 2004.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Editora Juruá, 2009a.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense*, v. 378, mar./abr. 2005, p. 665-671.

BAHIA, Alexandre. Controle Difuso de Constitucionalidade das Leis e Espaço Público no Brasil. *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix*, v. 3, p. 11-24, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://pe.metodistademinas.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/133/123>>. Acesso em 15 de julho de 2012.

BARACHO Jr., José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio (org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, p. 1.109-1.180, 2006.

BELAÚNDE, Domingo Garcia. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. 4ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003.

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

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUALINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg na Rcl 1880/SP, rel. Min. Mauricio Correa, DJU 07/11/2002.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 3014/SP, rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI-MC 1896/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 28-05-1999.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl nº 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl nº 2.986-MC, Rel. Min. Celso De Mello, DJ 18.03.2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC-QO 1, rel. Min. Moreira Alves, DJU 16/06/1995.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1850 MC / RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27-04-2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2009/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ 09-05-2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg em Pet 1140-7/TO, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31.05.96.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg Rcl 2.617/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/02/2005, *RTJ* 193/858.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11.477-AgR,rel. Min. Marco Aurélio, DJe 21.6.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11.479, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.4.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11.484, rel.Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.4.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11478 AgR / CE, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 21/06/2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 13.898, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe. 11.6.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 872 AgR / SP, rel.p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 25-05-2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl nº 2.363/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.04.2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação 1987-0/DF, relator Ministro Mauricio Correa, DJ 21.05.2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>>. Acesso em: 20 de Outubro de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editora, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, número 3 Milano, Giuffrè, Settembre 1982.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: *Crises e desafios da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite. (org.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick e SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (orgs.). Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

CASSESE, Sabino. *Otre lo Stato*. Bari: Editori Laterza, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (org.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição constitucional, democracia e judicialização da política: considerações a partir da PEC nº 3, de 10 de Fevereiro de 2011. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (orgs). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente?. In. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (por um exercício de Patriotismo Constitucional, no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). In: *Quinze anos da Constituição*. SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

CHUEIRI, Vera Karam. Considerações em torno da Teoria da Coerência Narrativa de Ronald Dworkin. *Revista Seqüência UFSC*, v. 12, n. 23, 1991, p. 72-78.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLE, Charles D. Interpretação constitucional: dois século de reflexão. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, abr./jun. 1989, p. 21-49.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaio de historia do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, 2006-2007, n. 91.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, 1997.

DAMASCENO, João Batista. A crença no poder jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In: MOTTA, Luiz Eduardo e MOTA, Mauricio (orgs.) *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. *Curso de proceso constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia. Trad. Emilio Peluso Neder Meyer manuscrito do original publicado no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. trad. Jafferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: wheter and How *Roe* should be overruled. *The University Chicago Law Review*, 59, 381, 1992, p. 381-432.

ELSTER, Jon. *Ulisses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria judicial do controle de constitucionalidade*. trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1, n. 1, Enero-Abril 1981, p. 35-131.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madri: Civitas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. História, Direito e sociedade: A captura histórica do Direito – itinerários de metodologia e interpretação. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999, p. 191-210.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, [sd].

GERHARDT, Michael J. *The Power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOMES, Joaquim Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n.º. 158, abr./jun. 2003, p. 97-125.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, 40, 1930, p. 161-183.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.n.17-18, 1995. p. 271-302.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hécto Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autonoma, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flavio Bieho Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. II, 2ª edição. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flavio Bieno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Trad. Ciaran P. Cronin. Cambridge: The MIT press, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editorial Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: estudos filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAMILTON, MADISON e JAY. *O federalista*. Belo horizonte: editora Líder, 2003.

HESPANHA, Antonio Manuel. *A Política Perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Lisboa: Editora Europa-América, 2003.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

HÜBNER MENDES, Conrado. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martisn Fontes, 2009.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, volume 92, Berkeley, out. 2004.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madri: Marcial Pons, 2011.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Nelson Boeira. 9ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª edição. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: 2010, Editora Lumen Juris.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, n. 122, 1994, p. 263-264.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petropólis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. *Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 49, ano XVII, jul. 1990, p. 149-168.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. 2ª Ed. Ciudad de Mexico: Herder, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2: 327-372, jul./dez.2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 37-44.

MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros. Jurisdição Constitucional e Federalismo. *in. Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: 2009, Editora Del Rey.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/120-o-precedente-na-dimensao-da-igualdade>>. Acesso em:< 13-Nov-2012>.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARSHALL, William P. Conservatives and seven sin of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, 2002.

MARTÍNEZ, Jorge Rey. Uma relectura del Dr. Bonham`Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, LARREA, Zaldívar Lelo de (Orgs).. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*. México: UNAM-Marcial Pons, 2001.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Riera. Madri: Editorial Trotta, 1998.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.

MAUES, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, Nov. 2000.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Quinze Anos de Constituição: História e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a. p.203-208.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e Perspectiva do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

MENDES, Gilmar, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MONSTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. tomo I. 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? in: MOTTA, Luiz Eduardo e MOTA,

Mauricio (orgs.) *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 2, - 9-20, jul./dez. 1994. Disponível em: <www.alemgo.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2012.

MÜLLER, FRIEDRICH. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que Sentido? o problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.

NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto; questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. *Lua Nova*, n. 37- vol. 96, p. 93-106.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez., 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e THEODORO JR., Humberto. Processo. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro- Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo 2010*, Repro 189, p. 09-52, jul./dez., 2011.

NUNES, Dierle. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do Processualismo Constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. *DOXA - Cuadernos de Filosofía*, número 14, 1993, p. 169-194.

PEDRON, Flavio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Disponível em: <www.abdpc.org.br>, acesso em: 21/09/2012.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, vol. 100, n. 3, June 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*. N. 23 (2000). p. 161-195.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RE, Edward. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n. 122, mai./jul., 1994, p. 281-287.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte de Warren*. Rio de Janeiro: Editora civilização brasileira, 1991.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos editora, 2003.

ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast. *International Journal Constitutional Law*. 2004, p. 633-668.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: 2004, Editora Martin Claret.

SAMPAIO Jose Adercio Leite. *A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO. José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura Souza. A contrarrevolução jurídica. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=4493>, acesso em 12 de Novembro de 2012.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, n. 39, p. 571- 605, 1987.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sartro. Madri: Editora Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2009.

SEGADO, Francisco Fernandez. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano –Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. Nº2, Out./Dez. 2003, p. 55-82.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequencia*, nº 59, p. 61-88, dez. 2009.

SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em 24.09.2012.

SIMIONI, Rafael. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do Direito como integridade de Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito Dom Bosco*, n. 10, ano 5, jul-dez 2011, p. 119-134.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p.203-218.

SOARES, Mario Lucio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

SPENCER-BROWN. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora lumen juris, 2005.

STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas, ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, nº5 – Out/Dez 2008, p. 162-185.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, 2009, p. 75-83.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio. Entrevista concedida à AMP/RS. Disponível em: <<http://amp-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 28/10/2012.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism n the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madri: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. in: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamúdio en sus cincuenta años como investigador del derecho – tomo V: Juez e sentencia constitucional*. Mexico: Unam, 2008.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjon. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VÉSCOVI, Enrique. Bases para un Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de las leyes). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad del México, a. VIII, vol. 24, p. 1129-1151, sept./dic. 1975.

VIANNA, Luiz Werneck; et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Ribas, et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, São Paulo, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *A ética protestante e o 'espírito' do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 17ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.

WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito nas Sociedades Primitivas. In: *Fundamentos da História do Direito*. WOLKMER, Antonio Carlos (org.). 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: 2005, Editorial Trotta.

F5861a	<p>Silva, Diogo Bacha e. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade: transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.</p> <p>209f</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Ativismo judicial, 2. Controle de constitucionalidade, 3. Transcendência dos motivos determinantes, 4. Teoria discursiva do Direito .5. Discursos de fundamentação e aplicação. . I. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
--------	---