



Coleção de Teses, Dissertações e Monografias

de Servidores do Senado Federal

2017

Dissertação

*QUIS CUSTODIET IPSOS
CUSTODES? CETICISMO
EPISTEMOLÓGICO E
MAJORITARISMO:
Reflexões para uma
crítica ao monopólio
da hermenêutica
constitucional e à criação
da norma judicada geral
e abstrata pelo Supremo
Tribunal Federal*

Rogério de Melo Gonçalves



Coleção de Teses,
**Dissertações
e Monografias**

de Servidores do Senado Federal

2017

Dissertação

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?
CETICISMO EPISTEMOLÓGICO E MAJORITARISMO:
Reflexões para uma crítica ao monopólio da
hermenêutica constitucional e à criação da
norma julgada geral e abstrata pelo
Supremo Tribunal Federal

ROGÉRIO DE MELO GONÇALVES

Brasília - 2017

SENADO FEDERAL



SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR

Fabrcio Ferrão Araújo

COORDENADOR GERAL

Luiz Carlos da Costa

COORDENADOR INDUSTRIAL

Hélio Lopes de Azevedo

COORDENADOR DE GESTÃO DA PRODUÇÃO

André Said de Lavor

COORDENADOR DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Aloysio de Brito Vieira

EQUIPE EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO, EDITORAÇÃO, CAPA E COORDENAÇÃO

SEFPRO da Secretaria de Editoração e Publicações (SEGRAF)

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Secretaria de Editoração e Publicações (SEGRAF)

G635q Gonçalves, Rogério de Melo.

Quis custodiet ipsos custodes? : ceticismo epistemológico e majoritarismo, reflexões para uma crítica ao monopólio da hermenêutica constitucional e à criação da norma judicada geral e abstrata pelo Supremo Tribunal Federal / Rogério de Melo Gonçalves. – Brasília : Senado Federal, 2017.

348 f. – (Coleção de teses, dissertações e monografias de servidores do Senado Federal)

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Dissertação (Mestrado) — Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013.

ISBN: 978-85-7018-899-1 (obra completa)

ISBN: 978-85-7018-903-5

1. Interpretação da constituição, Brasil. 2. Hermenêutica jurídica, Brasil. 3. Jurisdição constitucional, Brasil. I. Branco, Paulo Gustavo Gonet. II. Título. III. Série.

CDDir 341.202



SENADO FEDERAL

MESA DIRETORA

Biênio 2017/2018

Eunício Oliveira (PMDB-CE)

PRESIDENTE

Cássio Cunha Lima (PSDB-PB)

1º VICE-PRESIDENTE

João Alberto Souza (PMDB-MA)

2º VICE-PRESIDENTE

José Pimentel (PT-CE)

1º SECRETÁRIO

Gladson Cameli (PP-AC)

2º SECRETÁRIO

Antonio Carlos Valadares (PSB-SE)

3º SECRETÁRIO

Zezé Perrella (PMDB-MG)

4º SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

1º – **Eduardo Amorim (PSDB-SE)**

2º – **Sérgio Petecão (PSD-AC)**

3º – **Davi Alcolumbre (DEM-AP)**

4º – **Cidinho Santos (PR-MT)**

Ilana Trombka

Diretora-Geral

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretário-Geral da Mesa

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

ROGÉRIO DE MELO GONÇALVES

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?
CETICISMO EPISTEMOLÓGICO E MAJORITARISMO:
Reflexões para uma crítica ao Monopólio da
Hermenêutica Constitucional e à Criação da
Norma Judicada Geral e Abstrata pelo
Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília – 2013

ROGÉRIO DE MELO GONÇALVES

QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?
CETICISMO EPISTEMOLÓGICO E MAJORITARISMO:
Reflexões para uma crítica ao Monopólio da
Hermenêutica Constitucional e à Criação da
Norma Judicada Geral e Abstrata pelo
Supremo Tribunal Federal

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Brasília – 2013

Por Sofia.

RESUMO

Este texto tem o propósito de discutir as implicações da viragem hermenêutico-linguística, especialmente no campo da interpretação constitucional, sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado no dogma da separação de Poderes e no majoritarismo deliberativo, bem como, reversamente, as implicações desse paradigma sobre aquela viragem, que, fundada na primordial abertura da norma jurídica, considerada “objeto cultural”, e na profícua interlocução entre sujeito e objeto, acabou se fechando, de forma violenta, em função do monopólio interpretativo realizado pelas Cortes Constitucionais, numa busca de legitimidade levada a cabo por uma estratégia de dominação linguística que procurou tornar a jurisprudência – especialmente a sumulada – sucedânea natural da norma legislada. Nesse curso, investiga-se o papel desempenhado pelas Constituições e, especialmente, pelos direitos fundamentais de segunda geração (sociais) na construção de um terceiro império, o do Poder Judiciário, em substituição à supremacia dos Poderes Legislativo e Executivo. Em seguida, são apreciadas as modalidades já consideradas “clássicas” de ativismo judicial, pondo-as em relação com essa nova classe de direitos e de demandas sociais, para, entre elas, discernir as que devem preocupar o cidadão interessado na organização do Estado e, no limite, na efetiva preservação das liberdades individuais. Finalmente, incursiona-se pelos temas “democracia”, “majoritarismo” e “contramajoritarismo” em busca de algum fundamento, ainda que excepcional, capaz de justificar a construção de direito genérico e abstrato em juízo e, assim, articular uma resposta para a milenar pergunta formulada pelo poeta romano Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Modernidade. Liberalismo. Separação de Poderes. Constituição. Direitos Fundamentais. Cortes Constitucionais. Jurisprudência. Súmula. Revisão Judicial. Democracia. Majoritarismo. Contramajoritarismo. Minorias.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the implications of the linguistic hermeneutic turn, especially in the field of constitutional interpretation on the paradigm of a democratic state, based on the dogma of separation of powers and deliberative majoritarianism and, reversely, the implications of this paradigm over the turn, which, founded in the primordial opening of the legal rule – considered “cultural object” – and in the fruitful dialogue between subject and object, ended up closing itself violently, due to the interpretive monopoly held by the Constitutional Courts, in its search for legitimacy, undertaken by a strategy of linguistic domination that sought to make jurisprudencia [case law precedent] – especially the docket – the natural substitute for legislated rule. By doing so, it investigates the role played by the Constitutions and especially the second generation fundamental rights (social rights) in the construction of a third empire, the judiciary, replacing the supremacy of the legislative and executive branches. The modalities of judicial activism presently considered “conventional” are then examined and compared to this new class of rights and social demands, so that, among these, one can separate those that must concern the citizen interested in the organization of the State, or, at least, the effective preservation of individual liberties. Finally, it makes incursions into the themes “democracy”, “majoritarianism” and “counter-majoritarianism”, in an effort to find the basis, even exceptional, for the construction of generic and abstract right in court, and thus formulate an answer to the age-old question posed by the Roman poet Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*

Keywords: Hermeneutics. Interpretation. Modernity. Liberalism. Separation of Powers. Constitution. Fundamental Rights. Constitutional Courts. Case Law Precedent. Judicial Review. Democracy. Majoritarianism. Counter-Majoritarianism. Minorities.

A aprovação da presente dissertação não implica a adesão do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) às ideias e opiniões nela defendidas.

“Num país constitucional, tem-se sempre aberta sobre a mesa a carta constitucional – ou para descansar nela o charuto, ou para tirar dela um argumento.”

Eça de Queirós

“A lei estabelecida para dirimir o primeiro conflito foi interpretada de duas maneiras, e gerou novo conflito.”

Carlos Drummond de Andrade

“No institution can possibly survive if it needs geniuses or supermen to manage it. It must be organized in such a way as to be able to get along under a leadership composed of average human beings.”

Peter F. Drucker

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
Além dos limites lógicos da linguagem	25
Problemas e hipóteses.....	37
Quadro metodológico	38
Marco teórico e conceitos fundamentais – em busca de um diálogo interinstitucional democrático.....	39
CAPÍTULO I – A INEVITABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO: A NATUREZA DO SUJEITO E DA LINGUAGEM.....	45
1. Duas dimensões da Hermenêutica.....	47
2. Da hermenêutica filosófica (especialmente ontológica) à hermenêutica jurídica: um breve panorama.....	52
3. Subjetivismo e realismo em hermenêutica: o papel do intérprete.....	66
3.1 O caráter libertário da hermenêutica gadameriana.....	67
3.2 O realismo da hermenêutica de Emilio Betti.....	70
4. A perda da liberdade hermenêutica no âmbito jurídico.....	72
CAPÍTULO II – A VEDAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO: A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO-LIBERAL	75
1. Estado moderno e separação de poderes.....	77
1.1 Divisão de poderes e flexibilidade: o núcleo irreduzível do <i>ar-ranjo</i>	85
1.2 Os direitos e garantias da primeira geração constitucional e a função da norma jurídica: proteção da liberdade individual e garantia da igualdade formal	92

2. O mundo jurídico realizado pela Modernidade: a supremacia do discurso legislativo, a pretensão de inequivocidade da norma legislada e o controle linguístico e a <i>priori</i> da interpretação: a promessa da decisão judicial democrática.....	96
2.1 A fonte primordial do direito no sistema da “moderna” <i>civil law</i> : a lei, sua natureza e seus atributos.....	99
2.2 Do outro lado do Canal da Mancha e do Atlântico Norte: os precedentes e o <i>stare decisis</i>	103
2.3 A consagração da codificação, da resposta única do direito e a vedação à discricionariedade jurisdicional: muito aquém (no tempo e na teoria) de M. Heidegger e H-G Gadamer.....	105
3. A jurisprudência no contexto da nascente modernidade jurídica: a desconfiança contra a magistratura e a influência do essencialismo jurídico.....	108
CAPÍTULO III – A NECESSIDADE DA INTERPRETAÇÃO: A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO-SOCIAL E O ALVORECER DO JUDICIÁRIO (DO ÔNTICO AO RETÓRICO)	113
1. O surgimento do Estado moderno-social e da segunda geração constitucional.....	115
2. O caráter essencialmente principiológico, aberto e declaratório ou promissivo dos textos constitucionais	121
3 Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes.....	128
3.1 A atuação positiva do Poder Executivo.....	129
3.2 Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a atuação positiva do Poder Judiciário: a judicialização e o ativismo judicial.....	138
3.2.1 Que isto, o “ativismo judicial”? <i>Expressões de um fenômeno incontornável (ou uma Hydra de faces assimétricas)</i>	145

3.2.2. Ativismo judicial, constitucionalismo e separação de poderes.....	153
CAPÍTULO IV – A SUPREMACIA DA INTERPRETAÇÃO: PERSUASÃO E VINCULATIVIDADE NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL (DO RETÓRICO AO ÔNTICO)	163
1. Jurisdição constitucional e violência hermenêutica.....	165
2. Do império da lei ao império da jurisprudência.....	170
2.1 O incontornável da concreção interpretativa e a <i>necessidade</i> do precedente	175
2.2 O fenômeno da axiomatização jurisprudencial e sua repercussão sobre a estrutura das fontes do direito no sistema civilista: do racionalismo ao empirismo	178
3. Sincretismo sistêmico e criação judicial de direito genérico, abstrato, vinculante e original <i>ex nihil</i>	181
4. A experiência brasileira de vinculação jurisprudencial: a produção de norma julgada <i>ex nova</i> e a objetivação dos processos e decisões	187
4.1 A progênie dos assentos lusitanos e seus subprodutos (não tão) tardios.....	188
4.2 O advento da súmula vinculante no Brasil: “mais realistas que o rei”	192
4.3 A súmula de jurisprudência vinculante brasileira e sua posição normativa e nomogenética ao mesmo tempo <i>para</i> e <i>supra</i> legal.....	196
4.4 O alastramento da objetivação e vinculação do discurso judicial no Brasil	202
CAPÍTULO V – A LIMITAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO: RESTRIÇÕES À CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO (DA NORMA JUDICADA ABSTRATA E ORIGINAL) PARA ALÉM DA DISCUSSÃO RETÓRICA VS. ESSENCIALISMO JURÍDICO	205
1. O princípio garantidor subjetivo do <i>non liquet</i> e o ativismo judicial de caráter legislativo-positivo genérico e abstrato: um dado da realidade que não se pode ignorar	207

1.1 Uma questão interna: a <i>legitimidade</i> das <i>supremas</i> normas gerais e abstratas e os limites da hermenêutica (o auge do monopólio interpretativo).....	220
1.2 Uma questão externa: a <i>necessidade</i> de <i>supremas</i> normas gerais e abstratas.....	228
2. A criação judicial de direito genérico e abstrato e o princípio da divisão de Poderes no contexto do espaço democrático: muito além da liberdade hermenêutica de M. Heidegger e H-G Gadamer	232
3. Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: a <i>revisão judicial</i> se torna <i>visão judicial</i>	238
3.1 Primeiras tensões: a revisão judicial moderada e a <i>última palavra constitucional</i> (uma análise à luz da histórica norte-americana).....	243
3.2 A amplificação das tensões: a decisão sobre <i>direitos</i> e a interpretação constitucional (para uma distinção entre <i>revisão judicial</i> e <i>visão judicial</i>)	254
3.2.1 <i>O embate pelas decisões sobre direitos: contra as Cortes</i>	259
3.2.2 <i>O embate pelas decisões sobre direitos: a favor da preponderância do procedimento democrático-deliberativo</i>	268
3.3 O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a técnica da <i>interpretação conforme</i> como instrumento da <i>visão judicial</i>	272
3.3.1 <i>O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a imposição de valores na ADPF nº 54–DF e em seu parente (não tão) distante, Roe vs. Wade</i>	275
3.3.2 <i>O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a substituição de valores no julgamento da ADI nº 4.277–DF e da APDF nº 132–RJ (um Supremo Tribunal Reformador)</i>	278

3.4 O caráter positivo da tensão entre majoritarismo (como democracia deliberativa) e constitucionalismo.....	284
4. Moralismo, retórica e procedimentalismo: uma opção pelo direito possível.....	286
5. A defesa das minorias no jogo democrático e a criação judicial do direito no âmbito do procedimentalismo: ou de como a exceção confirma a regra.....	293
5.1 Quem é <i>minoria</i> ?	296
5.2 Limites ao uso da exceção pela jurisdição constitucional.....	300
5.3 As “minorias” protegidas pelas normas judicadas do Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 11, na Súmula Vinculante nº 13, no Mandado de Injunção nº 670-ES, na ADPF nº 54-DF, na Petição nº 3.388-RR e na ADI nº 4.277-DF e APDF nº 132-RJ.....	302
CONSIDERAÇÕES FINAIS – <i>Quis custodiet ipsos custodes?</i> A função da democracia representativa.....	309
REFERÊNCIAS.....	321

INTRODUÇÃO

“Este lugar, o mais ardente e horrendo do inferno, está reservado para aqueles que, em tempos de crise moral, optaram pela neutralidade.”

Dante (à porta do Sétimo Círculo do Inferno)

Além dos limites lógicos da linguagem

O papel do sujeito jurídico (entendido, para os fins deste trabalho¹, como o tribunal encarregado da guarda da Constituição e interpretação definitiva² das normas constitucionais) em face do Direito tem, na opinião de ilustres senhores (defensores, como Ronald Dworkin, Peter Häberle, Luís Recaséns Siches, Konrad Hesse, A. Castanheira Neves, Robert Alexy, ou críticos, como Christopher Wolfe, John Hart Ely, Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Mark Tushnet,

1 Entendemos necessária essa explicação por conhecermos a posição de Michel Rosenfeld acerca da dificuldade de definição da identidade do sujeito jurídico, especialmente o sujeito constitucional (Cf. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003). Para o autor, trata-se de tarefa, senão impossível, própria de Sísifo – uma vez que o sujeito constitucional deve ser considerado um vazio – em pelo menos dois sentidos distintos: em primeiro lugar, a ausência de um sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável; em segundo, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto e, então, sempre aberto a uma necessária, mas impossível busca de completude. Para M. Rosenfeld, a personificação do sujeito constitucional deve ser evitada, porquanto nem os constituintes nem os intérpretes da Constituição nem os que se encontram submetidos às suas prescrições são propriamente o sujeito constitucional. Todos eles formam parte do sujeito constitucional e a ele pertencem. Assim, a expressão plena da autoidentidade constitucional somente é concebível a partir de um exercício imaginário por parte de um sujeito parcial, que deve construí-la a partir de fragmentos díspares de uma realidade passada e futura incerta (*Op. cit.*, p. 17-27).

2 Tema sensível e controverso (na medida em que tal caráter resolutivo conduz ao trancamento do diálogo interinstitucional), que buscaremos deslindar ao longo deste estudo.

Conrado Hübner Mendes), cambiado fundamentalmente quanto à sua postura cognoscitiva³ diante de problemas decorrentes da aplicação

3 Numa abordagem neopositivista, a interpretação do direito se circunscreve à análise da linguagem que o expressa (mediante imposição de uma rigorosa distinção entre enunciados analíticos, fundados nas significações independentes dos fatos, e enunciados sintéticos, fundados nos fatos). Nesse *modus* interpretativo, um enunciado tem significação cognitiva se, e somente se, não sendo analítico nem contraditório, for logicamente dedutível de uma classe determinável de enunciados de observação. Trata-se, segundo Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 91), da precedência do esquema cognitivo sujeito-objeto (tendente a ser substituído pelo binômio linguagem-objeto) sobre o esquema prático-comunicativo sujeito-sujeito (Jürgen Habermas; Chaïm Perelman). Para a hermenêutica jurídica, a implicação desse paradigma é a consideração da coisa direito como objeto-fato social suscetível de descrição e análise; “e da sua própria normatividade não menos como um conjunto de ‘dados empíricos’ ou de ‘factos observáveis’, de uma natureza particular embora: os ‘factos linguísticos’ em que as normas jurídicas se objectivam e oferecem susceptíveis, como tais e por sua vez, da teórico-objetiva análise linguística” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. cit.*, p. 91).

O método do pensamento jurídico deve, nessa compreensão, ser a análise da linguagem – a interpretação “daqueles dados empíricos que consistem nas proposições normativas de que se compõe o discurso do legislador” (FERRAJOLI, Luigi. *La semantica della teoria del diritto*. In.: U. Scarpelli, ed., *La teoria generale del diritto – Problemi e tendenze attuali*, p. 84 e ss., lembrado por CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. cit.*, p. 91), tendo, como objeto direto, os enunciados linguísticos reificados prescritivamente no texto normativo.

Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, António. *Op. cit.*, p. 91-97) revela que essa análise implica a aceitação dos seguintes supostos metódicos: (i) o postulado da pura racionalidade, a permitir uma fundamentação analítico-racional, entendida a razão como razão *analiticamente dedutiva e sistemática, que recusa a razão prático-retórica ou retórico-argumentativa*; (ii) o postulado da neutralidade teórica, a excluir o compromisso prático na intenção analítica (garantindo, assim, a máxima segurança jurídica), concretizada por meio da separação entre linguagem-objeto e metalinguagem, afirmando-se, desse modo, uma intenção puramente teórico-analítica; (iii) o postulado da objetividade, isto é, a referência lógica a algo como objeto, pelo que compreender ou interpretar uma expressão significativa será determinar nela o seu conteúdo “extensional” (grafado desse modo mesmo) ou objetivo, em uma referência denotativa ou em uma sua vinculação lógica a um objeto (a um só, a um tipo, a uma classe de objetos), numa relação estritamente semântica. O sentido de um enunciado se traduziria sempre em certa relação entre os sinais linguísticos e os objetos (as coisas) do mundo, não só para as proposições assertórias (declaratórias, descritivas, cognitivas), mas também para os enunciados normativos.

Nesse contexto, as proposições normativas são significantes justamente porque a sua função e o seu momento deontico ou normativo específico têm, a sustentá-los, um núcleo significativo.

Nessa perspectiva neopositivista, a interpretação jurídica há de ser, pois, interpretação semântica, circunscrevendo-se ao exame do núcleo semântico ou significativamente referente dos enunciados jurídicos. Desse modo, pela acentuação material do núcleo semântico reduz-se o elemento normativo a um fator formal. Ainda segundo Castanheira Neves (*Op. cit.*, p. 95), a acentuação de tal núcleo, por seu turno, permite a conciliação dos enunciados normativos com os processos lógicos (a referência aos elementos descritivos dos enuncia-

das normas jurídicas (em especial as de *status* constitucional) em situações nas quais há uma desarticulação⁴ entre faticidade e normati-

dos serve para determinar os sujeitos e as situações para as quais as prescrições são estabelecidas, assim como os comportamentos por eles regulados. A sua aplicação pode dar-se em termos de “relação entre conceito representativo e objeto representado; em termos, pois, de uma relação lógica de subsunção que preserva o racionalismo analítico” – CASTA-NHEIRA NEVES, António. *Op. cit.*, p. 95).

Nessa direção, a interpretação dirige-se ao dito (enunciado do texto legal) e, apenas complementarmente, ao desejado pelo legislador (nesse enunciado). Assim, seria possível determinar, por meio de uma adequada significação dos enunciados legais, os objetos de referência e de aplicação dos mesmos enunciados – objetos definíveis por um catálogo de propriedades empíricas.

O critério de significação dos enunciados seria a teoria da verdade – apresentada não como uma propriedade de certos enunciados, mas destinada a verificar a existência de uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas. A verdade como relação somente pode ser estabelecida se a proposição puder ser verificada ou se se tratar de um enunciado analítico.

No campo do Direito, o critério determinante seria a teoria da validade (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996), também ela uma relação (de constitucionalidade, no caso das leis em face do texto fundamental), e não uma propriedade das normas. Cuida-se, como se vê, de uma relação de concordância entre as próprias normas do direito positivo.

Esse modo de compreender o direito e, num momento anterior, a própria atividade de interpretação, foi radicalmente alterado pelo chamado giro hermenêutico-linguístico.

4 Esse problema já se achava na história da filosofia desde David Hume (Edimburgo, Escócia, 7 de maio de 1711 – Edimburgo, Escócia, 25 de agosto de 1776), tendo Ludwig Wittgenstein (Viena, 26 de abril de 1889 – Cambridge, 29 de abril de 1951) lhe dado uma compreensão que nos parece definitiva, ao pronunciar, já no início do *Tractatus Logico-Philosophicus*, que “o mundo é a totalidade dos fatos, e não das coisas”. (aforismo 1.1), significando que os fatos são afirmações verdadeiras sobre coisas (Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luís Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: EdUSP, 1994, p. 135). Para L. Wittgenstein (o primeiro, autor do *Tractatus*), o mundo como o conhecemos é simplesmente a reunião de fatos conhecidos – o que acontece – e não de coisas distintas daquilo que podemos dizer sobre elas. É a linguagem que constrói nosso senso de mundo, nosso meio e nossas experiências. O que não podemos dizer não podemos conhecer. Nesse sentido, o processo hermenêutico (um processo necessariamente linguístico), no campo jurídico, extrai sua legitimidade do auxílio que nos presta para solver (ou tentar solver) as antinomias entre a Constituição formal e a Constituição real (ou necessária ou possível), entre a realidade fática e o ideal da norma. Afinal, é preciso compreender, em determinado momento histórico, o sentido de um valor constitucional que, em outro momento, pode assumir contornos diversos, em face da realidade vigente (sem perder de vista, como diria Hans-Georg Gadamer ou, em matéria de jurisprudência, Ronald Dworkin, o vínculo de coerência com a ideia inicial). Dito de outro modo, “conceitos jurídicos no texto da norma fornecem apenas em determinados casos (no âmbito da norma gerado pelo direito, como, *e.g.*, em prazos, datas e prescrições meramente processuais) descrições factuais do que é referido [*des Gemeinten*]; em regra, eles evocam apenas enquanto conceitos sinalizadores e concatenadores o que se pensa como correspondência na realidade social”.

vidade. Em sua atuação, tem esse sujeito, avançando além das raias limítrofes do ativismo jurídico político⁵, alcançado o patamar da criação⁶ do direito em juízo – a desapontar, a um primeiro golpe de vista, princípios fundamentais da ordem jurídica romano-germânica, asentada, desde a Modernidade liberal⁷, no império da lei, na heterogeneidade normativa (isto é, a produção da norma posta ao encargo de poder diferente daquele incumbido de sua aplicação), na segurança e estabilidade jurídicas e – por que não dizer? –, no Estado de Direito⁸ (frustrando, ademais, o modelo de democracia deliberativa fundado no majoritarismo). Em razão do comportamento hermenêutico desse sujeito, os conceitos de tais postulados têm sido submetidos a substancial revisão (ou “relativização”), de maneira a comportar mencionada postura – chamemo-la assim – “subjetivo-criacionista” (ou, simplesmente, metainterpretativa⁹).

Tal é a posição a que foi alçado o sujeito na obra – para tomar uma de exemplo e à guisa de introdução – de I. M. Coelho, especificamente

(MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57).

5 Neste ponto entendido como o ativismo por meio do qual o Judiciário se investe da competência para a promoção de políticas públicas. Trataremos mais detidamente do tema no Capítulo III, item 3 (“Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes”), subitens 3.1 (“Que isto, o ‘ativismo judicial’? Expressões de um fenômeno incontornável – ou uma Hydra de faces assimétricas) e 3.2 (“Ativismo judicial, constitucionalismo e separação de poderes”).

6 Ressaltamos que, a respeito do fenômeno da concretização judicial (ou criação judicial do Direito), os termos mais apropriados para fazer-lhe referência seriam o verbo *crear* e o substantivo *creação*, em razão da sua origem etimológica. Em Latim, *crear* designava a atividade *creadora* propriamente dita, isto é, “dar origem a”, “trazer a lume a”, “produzir”, por oposição a criar, de mesma origem, mas cujo sentido era “manter”, “cuidar”, “cultivar” (*verbi gratia*, “criar um rebanho”). Entretanto, como o processo de lexicação da Língua Portuguesa expurgou do nosso vernáculo a diferença entre os termos pela adoção da forma grafada com a vogal “i”, utilizaremos as palavras criar e criação para nos referirmos à atividade judicial concreta, com a ressalva do nosso entendimento quanto à maior precisão técnica que decorreria do uso do verbo *crear* e de sua substantivação.

7 Como veremos, antes da Modernidade, o direito, mesmo entre os países hoje considerados romanistas, era um emaranhado de normas costumeiras, canônicas, formulários romanos, éditos reais, o que contribuiu para a dispersão do poder do Estado.

8 A segurança jurídica e o Estado de Direito são, obviamente, também premissas dos ordenamentos filiados à *common law*.

9 Alguns preferirão, ainda, “não interpretativista” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010).

no aspecto constitucional do fenômeno jurídico. Em seus escritos, o jurista paraense apresenta a interpretação jurídica como um exemplar da hermenêutica geral, atribuindo-lhe o escopo de promover a revelação do verdadeiro sentido das ações e das criações humanas, entre as quais as normas jurídicas¹⁰. Não é só. O labor hermenêutico, nessa particular concepção, mostra-se condicionado, necessariamente, pela participação ativa e criativa do intérprete – uma condição de possibilidade da interpretação, sendo conhecer e criar atos complementares¹¹.

No âmbito jurídico, maiormente na seara da jurisdição constitucional, da aplicação dessa hermenêutica – nos termos da qual interpretação, aplicação e construção¹² formam um contexto inseparável, formulação que ganha especial relevo em face da tessitura própria do texto constitucional¹³ – passou a resultar não apenas a declaração do sentido (Alklärung) da norma jurídica interpretanda, mas a própria norma jurídica¹⁴ (que não estava previamente presente no texto da norma dada), num processo que implica uma fusão entre o universo

10 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 31-34.

11 Convém indicar, por oportuno, que essa hermenêutica, de índole ontológico-histórica (como nos parece apropriado especificar) – cuja inspiração remonta, num primeiro momento, a Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, Karl Wilhelm Friedrich von Schlegel e Wilhelm Dilthey, e, num segundo, a Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer –, se assenta, em termos de pressupostos filosóficos, na inevitabilidade do recurso à pré-compreensão, no círculo hermenêutico, no caráter ontológico (e dialógico) da linguagem (que nos conduz da simples percepção à efetiva compreensão), na distinção semiótica entre texto e norma, na historicidade da interpretação (a servir de base à consciência histórica e à historicidade do homem, e não apenas como conjunto de questões técnicas ou metodológicas), na ausência de entendimento de texto sem contexto e na indispensabilidade do estudo da teoria da experiência e da história dos efeitos do texto.

12 *Subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi* (um processo único de interpretação, que não admite cisão entre as funções cognitiva e normativa). Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 131.

13 Obviamente, não de todo ele, mas das normas estruturantes e garantidoras de direitos fundamentais (embora saibamos não haja norma jurídica que se esgote em seu texto).

14 Dito de outro modo, a concretização de uma norma jurídica (em especial a norma constitucional) não pressupõe a preexistência da norma em relação ao caso concreto e à sua decisão, pois os conceitos jurídicos interiorizados nos textos de normas não possuem significação nem estabelecem o sentido como concepção de um dado prévio e definido (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57). Ao final do processo interpretativo é que surgirá a norma, efetivamente.

de experiências no qual o texto foi concebido e o universo de experiências do intérprete¹⁵. É essa atividade – argúi-se – que, por um lado, materializa o Estado de Direito e, por outro, garante a sobrevivência da Constituição¹⁶, em razão de sua capacidade de adequar¹⁷ o texto fundamental à realidade (noutro giro, Lenio Luiz Streck¹⁸, com apoio em Luis Alberto Warat, dirá que é por meio desse afazer, um expediente discursivo, que a democracia se legitimará).

Com essa postulação, que significou a substituição do modelo legal-abstrato do Estado moderno-liberal (marcado por uma estrutura jurídica destinada a restringir a discricionariedade judicial¹⁹) por um modelo jurisprudencial retórico – que, negando, inicialmente²⁰, o caráter essencialista do direito, conferiu ao Poder Judiciário liberdade para o desempenho da interpretação legal e formação da jurisprudência –, abriram-se as portas para a jurisprudencialização do fenômeno jurídico

15 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 47. Esse expediente se desenvolve por meio da compreensão, que tem por veículo a linguagem (espaço ontológico onde coexistem sujeitos e coisas).

16 As Constituições se permitem interpretar e modificar para sobreviver: “Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação.” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 564). No mesmo sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 69-71.

17 Por meio da concretização da promessa feita na norma-princípio.

18 STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) crise – uma exploração heremênutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 20 e p. 329.

19 Que, de modo paradoxal, atinge seu ponto máximo precisamente no positivismo (pelo menos quando se chega ao âmbito da norma). Com efeito, o próprio Hans Kelsen já o detectara, ao reconhecer que as palavras da lei não são unívocas, mas plurívocas (STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e(m) crise – uma exploração heremênutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19).

20 Apenas de início, como veremos. De fato, o ceticismo epistêmico decorrente de uma concepção retórica do direito e do reconhecimento de que os fenômenos são irrepetíveis e imprevisíveis logo cedeu a uma visão (novamente) ontologizante do jurídico, como forma de legitimar o discurso judicial vinculante a partir da incorporação dos valores segurança, estabilidade e previsibilidade (Cf. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da heremênutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011). As pretensões juridicamente essencialistas e concretas da jurisprudência (que avançou muito além da sistematização e orientação) se revelaram não apenas na vinculação hierárquica da interpretação, mas também na criação de norma abstrata.

e, conseqüentemente – por meio de instrumentos específicos²¹ –, para a elaboração (o que significa mais do que adaptação ou reconhecimento da ocorrência de mutação) de direito primário pelos tribunais constitucionais, com características muitíssimo semelhantes às da legislação de origem parlamentar: positividade (publicidade e efeito vinculante e *erga omnes*), generalidade, abstração, originalidade e coercibilidade.

Em defesa da legitimidade desse criacionismo judicial, I. M. Coelho pondera que, “enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de ‘origem’, os juízes possuem uma legitimidade ‘adquirida’ pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle do seu comportamento”²². Propõe-se, nessa esteira, seja reinterpretado o dogma da separação de poderes, de molde a adaptá-lo ao Estado Constitucional, que, “sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário - sobretudo das Cortes Constitucionais -, crescentemente comprometido com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais”²³. (Os destaques pertencem ao original).

O que nos parece irrecusável, à vista do quanto até o momento se expôs, é que o ativismo judicial²⁴ – fenômeno do qual a criação judicial do direito é uma, entre outras, forma de expressão²⁵ – efetivamente resulta, de um lado, (i) da natureza aberta e polissêmica das normas constitucionais, um verdadeiro convite, por assim dizer, à atividade concretizadora do intérprete judicial; mas decorre também, de

21 Entre nós, *verbi gratia*, a súmula vinculante, que permitiu ao Supremo Tribunal Federal atingir os particulares com força geral obrigatória, afetando, ainda, todas as esferas políticas do Estado.

22 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 72.

23 COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 34 nº 134 abr.-jun. de 1997, p. 99-106.

24 Conceito “fugidio”, na feliz abordagem de Paulo Gustavo Gonet Branco (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In: FELLET *et alii*, Editores. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2011, p. 387-402).

25 Sobre o tema, conferir CANON, Bradley C. Judicial activism. In.: *Judicature*. Volume 66, number 6, december-january, 1983, p. 236-247.

outra parte, (ii) da falência da tese iluminista de um direito dotado de realidade ontológica própria, autossuficiente e expresso por meio de fórmulas legislativas completas e inequívocas; (iii) do advento do Estado moderno-social e da segunda geração constitucional (uma geração não apenas de novos direitos, sucessores – mas não substitutivos – dos direitos de liberdade negativa, mas de novos textos constitucionais, essencialmente abertos, programáticos e principiológicos), que legitimaram não apenas a intervenção do Poder Executivo na vida civil, mas também a do Poder Judiciário; e (iv) de uma vontade de poder revelada pela jurisdição constitucional²⁶⁻²⁷. De modo muito resumido: esse movimento constitucionalista – e, mais propriamente, as reivindicações sociopolíticas que lhe deram conformação – mostrou que a legiferação não poderia, simplesmente (epistemológica ou politicamente), eliminar a interpretação normativa²⁸.

Inclinamo-nos a pensar, contudo, que o princípio da separação de Poderes, tomado não na forma que lhe conferiu o racionalismo europeu continental, excessivamente preocupado com a mais rígida repartição orgânica das funções do Estado e cambiável de um ordenamento jurídico a outro, mas, sim, em sua acepção original, revelada pelo Barão das terras de *La Brède* et de Montesquieu em *O espírito das leis* e dedicada, precipuamente, ao desenho de mecanismos conducentes a permitir que o poder controle a si próprio, se não constitui óbice às demais formas de ativismo judicial (concretização

26 Realmente, como veremos, diversamente da *judicialização*, que “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...], o “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901>>.pdf. Acesso em: 24 de jun. de 2013.

27 Com efeito, como teremos ocasião de apreciar, na pós-modernidade jurídico-jurisprudencial (especialmente, nos Estados Unidos, após a Era Holmes), mesmo a constitucionalidade da lei deixou de ser um assunto de juízo para tornar-se um assunto de vontade.

28 MARIOSI, Leandro Antunes & CARVALHO NETO, Menelick. Constituição sintética ou analítica? O discurso de salvação mediante novos textos constitucionais como obstáculo à dinâmica da identidade constitucional brasileira. In.: MESSEMBERG, Débora *et alii* (Organizadores). *Estudos Legislativos: 20 anos da Constituição brasileira*. Brasília: Senado Federal. Câmara dos Deputados, Tribunal de Constas da União, Universidade de Brasília, 2010, p. 336-341.

de direitos fundamentais, densificação intersubjetiva de princípios constitucionais, mudança de orientação interpretativa, controle do majoritarismo etc.²⁹), é forte e consistente obstáculo à criação da norma julgada geral e abstrata, não apenas por impedir, como lhe é próprio, o surgimento de um superpoder, incontrolável, mas também por preservar a democracia contra os avanços antidemocráticos do constitucionalismo³⁰.

Essa a razão da atemporal pergunta que assumimos como título principal deste texto, tendo em vista, no caso brasileiro, a posição político-institucional do Supremo Tribunal Federal: não está a Corte (valendo-se da dotação que recebeu do constituinte originário de dizer, em última instância, o significado derradeiro da Constituição), contemporaneamente, a atuar como super ou suprapoder, incensurável, incoercível e irrecorrível, pairando acima dos demais e contrariando o cerne irreduzível da separação e equilíbrio dos poderes (o controle recíproco entre eles), convertendo-se, ademais, em instituição majoritária, em lugar de contramajoritária? Realmente, em face do agigantamento do Tribunal proporcionado pela jurisdição constitucional – que o transformou em um mandatário sem voto popular –, pertinente o questionamento feito pelo poeta romano Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?*

Não nos parece que reúna o Poder Judiciário, sequer na figura de seu órgão de cúpula, condições – salvo em um caso, adiante declinado – de substituir-se ao Legislativo (mais especificamente, ao método preferencial da democracia deliberativa, o *majoritarismo*) como espaço público³¹ hábil a desempenhar a função de *fórum de princípios* – qualidade essencial ao engendramento de normas jurídicas gerais, abstratas e vinculantes, isto é, à criação de direito *ex novo*, em lugar de meramente densificar e concretizar princípios e direitos fundamentais intersubjeti-

29 Sobre as expressões do ativismo judicial, remetemos, novamente, para o texto de Bradley C. Canon (CANON, Bradley C. Judicial activism. In.: *Judicature*. Volume 66, number 6, december-january, 1983, p. 236-247).

30 Cf. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In.: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster Y Rune Slagstad (org). México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 241 e ss. Para S. Holmes, lembrando Thomas Jefferson, o constitucionalismo exacerbado conduz a um governo dos mortos sobre os vivos (*Op. cit.*, p. 243).

31 Embora a noção de “espaço público” seja essencial a determinado enfoque da relação entre Judiciário e Parlamento, ou constitucionalismo e majoritarismo, ao permitir o exame da criação do direito sob o aspecto do onde se faz, deixaremos a discussão correspondente de fora dos lindes deste texto.

vamente e declarar a ocorrência de mutação constitucional³². Trata-se, a elaboração normativa, de tarefa gravosa, para a qual lhe faltam³³, além da óbvia delegação democrática³⁴, a representação, em sua composição, dos diferentes segmentos sociais, políticos e econômicos, além do necessário, plural e salutar embate entre *oposição* e *governo* e entre grupos de interesses diversos, elementos que compõem o complexo cenário *para* e *no* qual a norma jurídica é *construída* – e não mais meramente desvelada³⁵, como à época do liberalismo iluminista de primeira hora.

32 Por meio da articulação e promoção de equilíbrio entre a realidade histórica e a superestrutura institucional.

33 Faltam ao Judiciário, também, abertura epistêmica e instrumentalização suficientes para dar conta da atividade de normação numa sociedade cada vez mais complexa e tecnológica.

34 Discorrendo sobre a interpretação constitucional nos Estados Unidos, John Hart Ely afirmou que “nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão”. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 79).

35 Segundo a tradição do modesto (numa acepção positiva) liberalismo inglês, a lei não era criada, mas, sim, descoberta pela razão: “[...] Não é, portanto, o legislador verdadeiramente criador da lei; mais correto será considerá-lo, à luz do pensamento de Montesquieu, mero descobridor da lei.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46). A lei, nesse sentido, deveria ser concebida como “declaração ou explicitação do direito, entendido como a concepção do justo havido no seio das instituições e da sociedade” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68). Sérgio Resende de Barros (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo*, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82), por sua vez, afirma: “Obviamente, para ser assim obedecida, naturalmente, sem constrangimentos, a lei posta no sistema há de ser uma expressão natural da sociedade, que não a violenta por ingerências indevidas e artificiais, nascidas da mera intervenção ou invenção dos homens. Há de ser uma lei natural, decorrente da natureza das coisas sociais, nascida da própria sociedade, ainda quando formulada por um poder legislador exercido por alguns em nome de todos. A esse poder não cabe ‘criar’ a lei. Ao contrário, inserido no sistema, como os demais poderes, também ele é impelido pelo movimento necessário das coisas, de sorte que lhe compete apenas formular racionalmente, por formas mais precisas, articuladas e claras, as leis que – na definição que abre *Do espírito das leis* – são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas. [...] Sua função é, com superior sensibilidade política, captar e entender, revelar e formular racionalmente essas leis naturais, traduzindo-as em normas de dever humano, para melhor serem observadas e para prevenir ou punir as infrações, que não são mais que desvios ou abusos das leis naturais pelos homens. [...]” (Os destaques pertencem ao original).

Isso vale tanto para a tentadora substituição da valoração do legislador pela do Judiciário (R. Alexy), quanto para a construção de direito no espaço do chamado “silêncio legislativo”.

Felizmente, o papel central que o *constitucionalismo* defende em favor dos tribunais na interpretação constitucional encontra resistência em autores que buscam (re)valorizar a competência do Legislativo (e, claro, dos cidadãos) para interpretar a Constituição e dela extrair direitos e obrigações (Jeremy Waldron, John Hart Ely, Mark Tushnet, Cass Sunstein, Sanford Levinson, entre outros), por meio da legislação.

A única hipótese em que a atuação normativa originária, geral e abstrata (ativismo forte) por parte de uma Suprema Corte se nos afigura legítima dá-se – com apoio na experiência jurisdicional norte-americana – quando indispensável à proteção das minorias contra os desvios do próprio processo democrático representativo (John Hart Ely), premissa que já se encontrava em Hans Kelsen³⁶, para quem a jurisdição constitucional teria também a missão de proteger a democracia.

É sob esse enquadramento que nos propomos a examinar a legitimidade e os limites da produção normativa do Supremo Tribunal Federal, em especial a decorrente da *Súmula das Algemas* (Súmula Vinculante nº 11), da *Súmula do Nepotismo* (Súmula Vinculante nº 13), do *mandado de injunção sobre o direito de greve no serviço público* (Mandado de Injunção nº 670–ES), da *arguição de descumprimento de preceito fundamental relativamente ao aborto de fetos anencefálicos* (ADPF nº 54–DF), da Petição nº 3.388-RR (referente à ação popular que questionou a demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, em Roraima) e da *ação direta de inconstitucionalidade que positivou as uniões homoafetivas* (ADI nº 4.277–DF e APDF nº 132–RJ), pronunciamentos que estabeleceram direito ordinário de caráter *nacional*³⁷ (ordinário, nos quatro primeiros casos, e constitucional, no quinto e no sexto) e *ex novo*.

Nessa perspectiva, buscaremos analisar o uso feito por nossa Suprema Corte dos poderes advindos da revisão judicial (que se tem transformado em algo muito mais abrangente, em *visão judicial*) e

36 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público* nº 1, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

37 Isto é, aplicável em todas as esferas de governo e a todos os cidadãos.

do instituto da súmula vinculante, que, desbordando de seu objetivo natural – consistente na confecção de precedentes de **orientação e vinculação**³⁸ jurisprudencial –, passou de instrumento *quase legal* a instrumento *mais que legal*, submetendo todos quantos vivem sob a égide do Estado³⁹, à maneira do que é feito pela legislação parlamentar, consolidando não apenas o monopólio interpretativo do Tribunal, mas também a tese iluminista da resposta única do direito no sistema jurídico nacional (tese que, como se verá, originalmente vedava a atividade interpretativa do Judiciário).

Num segundo momento (não menos relevante), investigaremos os limites da criatividade jurisdicional e **a** (estritamente singular) possibilidade excepcional de formulação legítima de normas judicadas gerais e abstratas à luz da experiência da democracia deliberativa, do majoritarismo e da necessária proteção contramajoritária das minorias.

Em busca de uma síntese: este esforço discursivo procurará examinar como o monopólio da hermenêutica constitucional pelo Supremo Tribunal Federal se desdobrou na formação da norma jurídica, bem como a legitimidade e os limites (se os há) desse fenômeno – evitando tanto o casuísmo irracionalista, no rastro do qual ao magistrado é deferido criar livremente o direito, quanto a crença ingênua em uma interpretação única e cogente dos textos jurídicos, reconhecendo que o ato de decidir é, em si mesmo, uma *violência* necessária contra o processo interpretativo⁴⁰, que precisa, em algum momento, cessar para que os conflitos sejam pacificados e possa a jurisdição cumprir a sua função.

38 E não mais meramente de “orientação” ou “persuasão”, como era de esperar de enunciados de súmula de jurisprudência em um ordenamento de feição romano-germânica.

39 A jurisprudência e suas súmulas têm funções distintas nos sistemas da *civil law* e da *common law*. Naqueles, a regra é a nãovinculação dos órgãos jurisdicionais a decisões proferidas por outras Cortes, superiores ou não; nos sistemas de direito não escrito – não obstante as divergências entre os modelos inglês e norte-americano –, de outra parte, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que lhes dá sustentação (DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: DANTAS, Bruno *et alii*. Organizadores. *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois* (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31).

40 Cf. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17-18.

Nesse curso exploratório, não recusaremos a correta advertência de L. L. Streck⁴¹, no sentido de que “o Poder Judiciário possui um papel estratégico nas democracias contemporâneas – concretizando direitos fundamentais, intervindo, portanto, quase sempre na delicada relação entre direito e política”, o que, precisamente por isso, reivindica “pensar elementos hermenêuticos que possa gerar legitimidade para as decisões judiciais, a partir de um efetivo controle do sentido que nelas é articulado”.

Problemas e hipóteses

O tema deste trabalho, como se vê, concerne aos âmbitos da hermenêutica, geral e jurídica, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, e circunscreve-se à seguinte análise: os limites da atividade do Supremo Tribunal Federal e da criação da norma judicada em um sistema orientado para prevenir o surgimento de um superpoder, além de governado pela regra da maioria.

Os dois problemas centrais pertinentes a essa temática são: 1. Quais os limites da atuação hermenêutica do Supremo Tribunal Federal e qual a legitimidade da criação judicial do direito pela Corte em face do princípio da separação de poderes e do sistema democrático representativo? 2. A defesa das minorias políticas pode justificar a intervenção normativa do Supremo Tribunal Federal?

Trabalhamos com as seguintes hipóteses: o núcleo essencial e irreduzível do princípio da separação de poderes (o mecanismo de freios e contrapesos⁴²), na medida em que visa a impedir o surgimento de um *super* ou *suprapoder*, é obstáculo à legitimidade da atuação criacionista do direito pelo Supremo Tribunal Federal; a criação da norma judicada aumenta a tensão entre o *constitucionalismo* e o *ma-*

41 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 329.

42 Nosso ponto de vista não é unânime, bem o sabemos. Além dos que consideram esse núcleo idêntico ao próprio arranjo da separação de poderes, numa concepção mecanicista (cf., por exemplo, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273), há aqueles, como Rui Medeiros (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 494), que o reduzem à distinção entre legislação e jurisdição: “O princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição.”

joritarismo, na medida em que o Poder Judiciário não encerra as características necessárias (epistêmicas, constitutivas e democráticas) para a elaboração da norma jurídica geral e abstrata; excepcionalmente, e apenas excepcionalmente, e desde que em defesa de minorias alijadas do processo democrático representativo e sujeitas a grave indignidade, o Supremo Tribunal Federal pode criar direito *ex novo* no silêncio do Poder Legislativo (vedada a substituição de valores expressamente escolhidos pelo constituinte originário ou pelo Parlamento pelos valores da Corte).

A essas, vinculam-se as seguintes sub-hipóteses: a *viragem linguística*, afastando a rígida separação entre sujeito e objeto, conferiu liberdade e legitimidade ao intérprete, mas não eliminou a autoridade do texto escrito, que determina os *sentidos possíveis*; o espaço da criação judicial do direito é o significado linguisticamente possível do texto escrito; o instrumento da súmula vinculante e a objetivação dos processos constitucionais não justificam, por sua só existência, a criação judicial do direito.

Quadro metodológico

Em vista do cenário teórico em que se encontram situados o tema e os problemas identificados (hermenêutica, teoria do Estado e teoria do direito constitucional), fez-se necessária a eleição de mais de um método de abordagem. O propósito consistiu em otimizar a pesquisa e os seus resultados, em respeito às divisões analíticas às quais o tema foi submetido.

Do ponto de vista procedimental, recorreremos aos métodos **comparativo**, para a investigação dos objetivos descritivos, de modo que pudessem ser confrontados os sistemas da *civil law* e da *common law* (em relação ao exame da função e força dos precedentes); **tipológico**, para a criação de um *modelo* do problema a partir da análise dos aspectos essenciais do fenômeno investigado (atividade hermenêutica e criação judicial do direito pelo Supremo Tribunal Federal); **histórico**, de modo que fosse possível uma análise da formação da corrente *não interpretavista* e de suas variações e da consolidação do modelo jurisprudencial *retórico* (com pretensões ontológicas e concretas, consistentes na vinculação hierárquica da interpretação e na criação de norma judicada abstrata).

A pesquisa apresentou ainda dois momentos: um **exploratório**, que permitiu a investigação preliminar dos princípios jurídicos e políticos colidentes com a criação da norma julgada; dos precedentes, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dos quais tenha resultado norma jurídica geral e abstrata; das principais características e finalidades do Estado e da lei modernos e pós-modernos; dos instrumentos, no sistema constitucional brasileiro, que dão suporte técnico-fático à elaboração da norma julgada; e um **teórico**, que tornou possível a estruturação do modelo hermenêutico contemporâneo e do monopólio da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário.

Finalmente, em face do caráter notadamente teórico do tema, valemo-nos da técnica de pesquisa bibliográfica, que permitiu o levantamento do material pertinente ao objeto de análise⁴³.

Marco teórico e conceitos fundamentais – em busca de um diálogo interinstitucional democrático

A hermenêutica geral e constitucional contemporânea tem sua pedra angular nas teorias da *compreensão* de Martin Heidegger e da *interpretação* de Hans-Georg Gadamer, que afirmam o sujeito como protagonista do processo de interpretação. Por essa abordagem ôntica, pode o intérprete, *através* da linguagem⁴⁴ – “horizonte aberto e estruturado onde a interpretação faz surgir o sentido”⁴⁵ –, mais do que compreender, produzir (porque tem liberdade e legitimidade para tanto) o *sentido* daquilo que é percebido, porquanto o que rege o processo de interpretação dos textos (de qualquer natureza) são as condições de

43 Empreendemos a leitura dos autores sempre na fonte e, quando o idioma o permitiu, na língua original, de modo a evitar ao máximo a ocorrência de interpretação sobre interpretação.

44 M. Heidegger (Meßkirch, 26 de setembro de 1889 – Friburgo, de 26 de maio de 1976) entende a compreensão como pré-estrutura constitutiva do existente humano, sendo o círculo hermenêutico a única possibilidade de uma experiência verdadeira, representada pela pertença recíproca entre sujeito e objeto da interpretação. O sujeito, segundo esse entendimento, está cravado no mundo e relaciona-se com (sobre) os fatos por meio de uma linguagem que o contém a si próprio e aos objetos, dando-lhes uma espécie de identidade que permite a interpretação (ou compreensão). A linguagem, em tal contexto, é condição de possibilidade de o ente ser-no-mundo, em seu interior localizando-se e agindo o homem.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19.

sua produção que, difusas e ocultas, surgem como tendo proveniência de um “lugar fundamental”⁴⁶ – acessível pelo sujeito imerso na tradição.

Realmente, tal hermenêutica – que se estrutura, em larga medida, em torno da concepção de *círculo hermenêutico*⁴⁷ – entende que do processo interpretativo decorre não a mera *descoberta* (desvelamento) de um *correto sentido*, mas, sim, a autêntica **produção de sentido**, originado de um processo de compreensão em que o sujeito, numa situação hermenêutica, faz uma “fusão de horizontes” a partir de sua historicidade⁴⁸ – apresentando a interpretação, pois, estrita relação com a cultura e o meio social: “[não se pode] desconhecer que a aplicação de qualquer norma jurídica tem em mira resolver problemas atuais, segundo critérios de valor que vigoram no presente por decisão de quem – *hic et nunc* – dispõe de legitimidade para criar modelos jurídicos e dotá-los de eficácia”⁴⁹.

Foi no circuito jurídico, porém, que essa hermenêutica, encontrando o *locus* apropriado ao seu desenvolvimento, prosperou – não por outra razão, H-G Gadamer, em *Verdade e Método*, declarou o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para o edifício geral da hermenêutica

46 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19.

47 Foi Hans-Georg Gadamer (Marburg, 11 de fevereiro de 1900 – Heidelberg, 13 de março de 2002) quem percebeu a importância da formulação heideggeriana do círculo hermenêutico para a teoria da interpretação. Na descrição heideggeriana do círculo hermenêutico já é possível notar, segundo H-G Gadamer, o pano de fundo do procedimento hermenêutico: “existem textos providos de sentido que, por seu turno, falam de coisas; o intérprete se aproxima dos textos não com a mente semelhante a tabula rasa, mas com a sua pré-compreensão (Vorverständnis), isto é, com os seus pré-juízos (Vorurteile), as suas pré-suposições, as suas expectativas; dado aquele texto e dada a pré-compreensão do intérprete, este esboça um significado preliminar de tal texto, tendo-se esse esboço precisamente porque o texto é lido pelo intérprete com certas expectativas determinadas, que derivam de sua pré-compreensão. E o trabalho hermenêutico posterior consiste todo na elaboração daquele projeto inicial, ‘que é revisto continuamente com base no resultado da ulterior penetração no texto.’” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 Vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 629).

48 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 19 (essa referência não consta da *Introdução* à 11ª edição, o que, no entanto, não significa um abandono dessa premissa pelo autor).

49 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 46.

filosófica. E podemos melhor dizer: foi com o *constitucionalismo*⁵⁰ e a jurisdição constitucional que, efetivamente, frutificaram as teses heideggerianas e gadamerianas da inevitabilidade da *criação* como resultado do processo interpretativo, na medida em que se firmaram os postulados segundo os quais (i) as normas jurídicas *dialogam*⁵¹ na sua aplicação; (ii) *texto* e *norma jurídica* são objetos semioticamente distintos; (iii) todos quantos trabalham com o fenômeno jurídico encontram-se no mesmo universo do *sentido* e da *compreensão*, sendo equivocada a submissão da interpretação ao plano dos enunciados linguísticos⁵².

Esse giro (*linguistic turn*) se fez possível em virtude do entendimento, logo difundido, de que a ordem da Constituição não constitui um dado supra-histórico, fora da existência e experiência humanas⁵³, devendo a hermenêutica constitucional, nesse sentido, basear-se não apenas na literalidade do texto escrito, mas, principalmente, nos princípios constitucionais (textual e estruturalmente diferentes das regras) e na compreensão de que a Constituição é a ordem normativa fundamental⁵⁴, determinante de princípios diretivos essenciais a uma

50 Que poderíamos assim axiomatizar: mais Constituição do que leis; mais princípios do que regras; mais juiz do que legislador; mais ponderação do que subsunção; mais compreensão do que interpretação.

51 Nesse novo contexto, a linguagem deixa de ser *tertium res* que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser apreendido. Realmente, como é nos procedimentos de interpretação que ocorre a concretização (*criação*) do sentido, o aspecto comunicativo da linguagem revela-se de suma importância para o diálogo hermenêutico – por isso a relação fundamental entre linguística e compreensão, uma vez que a linguagem permitirá ao intérprete tocar (dialogar com) os objetos sob interpretação. Passa a linguagem, como se vê, a ter relevância primacial como veículo de comunicação, isto é, como condição de possibilidade da interpretação.

52 Dito de outra maneira: a *compreensão*, a *interpretação* e a *exploração* hermenêutica não podem permanecer limitadas ao plano do texto da norma previamente dado – isto é, ao processo dedutivo de justificação (*Auflage* e *Aufklärung*) que se completa no momento decisório –, sob pena de se produzirem julgamentos cada vez mais dissociados da realidade e inadequados em relação à coletividade (esse seria, a propósito, o equívoco do positivismo, que, ao pretender *descrever* o mundo jurídico, acaba por empreender tarefa insuficiente diante das expectativas de *democratização* do entender o direito) (Cf., a propósito, a obra de SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 349 e ss.).

53 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 350.

54 “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da forma da unidade política estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37).

efetiva democracia (R. Dworkin preferiria “democracia constitucional”).

Foi, como se vê, por via do afazer hermenêutico que ganhou destaque a jurisdição constitucional, especialmente mediante o *criacionismo jurisprudencial*, que, no contexto do Estado moderno-social e dos direitos fundamentais de segunda geração – ambos uma consequência normativa das reivindicações que exigiram, no final do século XIX, mais *prestação* e menos *abstenção* –, buscou, por meio da intervenção do Poder Judiciário na vida pública e civil, dar um conteúdo básico, mas efetivo, denso, às *abertas* e *polissêmicas* normas constitucionais, garantindo-lhes efetividade⁵⁵.

Ocorre que, diversamente do que se esperava, a substituição do (autopoiético⁵⁶) *modelo legal-abstrato* característico do Estado moderno-liberal pelo molde *jurisprudencial pós-moderno retórico* não modificou a pretensão iluminista de controle interpretativo do Estado (e

55 É nesse sentido que ganha destaque a hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse, para quem a norma constitucional somente alcança efetividade no momento histórico em que ocorre a sua aplicação, fenômeno possível apenas porque o intérprete, compreendendo, com consciência histórica, a norma em relação às condições históricas e sociais, materializa-a, concretiza-a (cria-a). “[...] toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito [o sentido jurídico, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente]” (Inocência Mártires Coelho, em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 117-118).

56 Esse vocábulo (resultante da justaposição entre os termos gregos *auto*, “próprio”, e *poiesis*, “criação” ou “produção”) foi empregado na década de 1970 pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem sua própria identidade (portanto, a si mesmos), distinguindo-se do ambiente. Segundo essa perspectiva, o *ambiente* não determina o que acontece com os sistemas vivos, sendo visto como “perturbação” (a exigir-lhes interação); antes, o que ocorre com tais sistemas é definido por sua estrutura.

As ciências sociais rapidamente absorveram a noção de autopoiese. No direito, mais especificamente, encontramos em Niklas Luhmann a melhor referência de sua utilização. Para N. Luhmann, o direito (um dos subsistemas encontrados na sociedade, ao lado da economia, ciência, religião etc.), a partir da Modernidade, teria chegado ao ponto não apenas de solucionar, mas também de prever e até de criar conflitos por meio de suas estruturas internas. Seria, em resumo, capaz de transformar a realidade e a si mesmo (conferir, a propósito, RODRIGUES JÚNIOR, Léo. Autopoiésis e o sistema social de Niklas Luhmann: a propósito de alguns conceitos. In.: *Sociologias*. Porto Alegre: UFRGS. Ano 2, n. 3, jan.-jun. 2000, p. 254-284). De uma forma mais simples, qualificamos o direito moderno-liberal, para os fins deste texto, como *autopoiético* por considerarmos tratar-se de um sistema produzido exclusivamente pelo Estado e pretensamente geral, completo e autossuficiente.

mesmo de um essencialismo jurídico), operando, antes, um movimento que apenas transferiu o controle (e a produção) do conteúdo normativo do Legislativo para o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Dito de outro modo: o sistema jurisprudencial da pós-modernidade, embora nascido do reclame de reconhecimento da legitimidade e liberdade do sujeito-intérprete e da necessária abertura cognitiva do texto legal, proporcionou um novo fechamento interpretativo⁵⁷, baseado na decisão vinculativa e na criação da norma julgada.

Se o Poder Legislativo havia sido o *superpoder* da Modernidade – posto ocupado, no nascedouro do Estado de bem-estar social, pelo Poder Executivo –, esse predicado, atualmente, deve ser atribuído ao Poder Judiciário (contrariando, de igual modo, o núcleo irredutível do princípio da separação de poderes), sobretudo em razão da *força vinculante geral dos precedentes*, tendência que se mostra presente não apenas nos ordenamentos jurídicos filiados à *common law*, mas também, atualmente, naqueles orientados pela *civil law*⁵⁸.

No Brasil, o fenômeno ganha corpo e consistência com o advento dos institutos da súmula vinculante e os avanços em matéria de objetivação dos processos constitucionais, que consolidaram o monopólio interpretativo constitucional do Supremo Tribunal Federal e a tese da resposta única do direito, traço tipicamente iluminista.

Contra o **argumento retórico** de que o juiz pode criar livremente o direito e a **tese ontológica** de que o Poder Judiciário – resumido, para efeitos desta investigação, ao Supremo Tribunal Federal – é apto o suficiente para a elaboração da norma jurídica, optamos pela leitura combinada de **John Hart Ely** (*Democracia e Desconfiança*), **Jeremy Waldron** (*A dignidade da legislação*) e **Cass Sunstein** (*One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*) para defender que, embora o texto constitucional seja aberto, não podem os juízes se substituir ao legislador na tarefa de valoração de fatos e axiomatização positiva de valores morais para criar direito genérico, abstrato e vinculante, salvo, numa excepcional hipótese, se o fizerem para a proteção das minorias sujeitas a grave risco contra a tirania da maioria – isto é, com o objetivo de proteger o próprio processo democrático representativo.

57 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 59.

58 Cf., a respeito: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 160-161; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 258.

CAPÍTULO I – A INEVITABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO: A NATUREZA DO SUJEITO E DA LINGUAGEM

1. Duas dimensões da hermenêutica. 2. Da hermenêutica filosófica (especialmente ontológica) à hermenêutica jurídica: um breve panorama. 3. Subjetivismo e realismo em hermenêutica: o papel do intérprete. 3.1. O caráter libertário da hermenêutica gadameriana. 3.2. O realismo da hermenêutica de Emilio Betti. 4. A perda da liberdade hermenêutica no âmbito jurídico.

“Não há fatos, apenas interpretações.”

Friedrich Nietzsche

“[...] as grandes obras [...] significam mais do que tem consciência de dizer.”

Albert Camus

“A iluminação escassa favorece o sonho.”

Olavo Bilac

1. Duas dimensões da Hermenêutica⁵⁹

“Já foi dito que fazer inferência é a maior ocupação de uma vida.”

J. S. Mill

Antes de cuidar propriamente das *dimensões* da hermenêutica, cumpre-nos, em caráter propedêutico, tomar em consideração – ainda que com necessária brevidade – a própria *hermenêutica*⁶⁰. Como compreendê-la? Parece-nos assistir razão a Richard Palmer⁶¹, para quem se trata de disciplina que investiga não apenas os princípios metodológicos da interpretação e da explicação (fosse assim, poderíamos chamá-la, por equivalência, de *teoria da interpretação*), mas a nossa forma

59 Cuidaremos, nesta seção, de apenas duas dimensões da hermenêutica, embora reconheçamos uma terceira igualmente relevante, conquanto não para os propósitos desta investigação: a dimensão mediadora de mundos, isto é, a tradução. Como tradução, a interpretação consiste em tornar compreensível o que é estrangeiro, estranho ou ininteligível. Tal como o deus mitológico Hermes, o tradutor é um mediador entre um mundo e outro. Sua tarefa não consiste no simples câmbio de termos equivalentes, mas na compreensão de mundos diversos (separados pela língua, pelo tempo, pela distância). A tradução conscientiza-nos “do choque entre o nosso universo de compreensão e aquele em que a obra actua”. (PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 40). Pela tradução, tornamo-nos conscientes de que a própria língua contém uma visão englobante e limitante do mundo. Como reconheceu o primeiro Ludwig Wittgenstein, “os limites da minha linguagem significam os limites de meu mundo”. (“Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt.”) (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luís Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: EdUSP, 1994, p. 244 e 245, aforismo 5.6) (Os destaques pertencem ao original).

60 Longa história possui a hermenêutica, se considerada no âmbito da interpretação dos textos sacros ou ligada à crítica textual. Reale e Antiseri (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 Vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 627-628), a propósito, afirmam que a hermenêutica, tendo surgido das controvérsias teológicas emergentes da Reforma Religiosa, desenvolveu-se, posteriormente, assim no campo religioso como nos círculos de filósofos, historiadores e juristas (neste último, digna de nota a Escola dos Glosadores, formada por comentadores dos volumes do Corpus Iuris Civilis, ainda na Idade Média), pessoas, enfim, sempre às voltas com questões de interpretação.

É em Aristóteles (Estagira, 384 a.C. – Atenas, 322 a.C.), porém, que reconhecemos o primeiro grande hermeneuta (afirmação que sustentamos com base em suas interpretações dos filósofos pré-socráticos, na Metafísica, Livros I, II e III), de cujo vulto somente se aproximou, no medievo, a tradição interpretativa escolástica a respeito dos sentidos vários que apresenta um texto sacro.

61 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 15 e 16.

mesma de compreensão dos produtos culturais – confundindo-se, nesse passo, com a estrutura do ser pensante. Martin Heidegger⁶², a quem podemos, com segurança, apontar como o mais importante nome da contemporânea hermenêutica de matiz ontológico-histórica, chegou a pronunciar que a própria filosofia é ou deveria ser hermenêutica⁶³.

Assumimos, pois, como premissa, que a hermenêutica deve ser compreendida mais do que como mera metodologia ou tecnologia, isto é, como um conjunto de regras rígidas de análise textual, a desconsiderar a abertura ontológico-linguística que envolve intérprete e obra e que permite a compreensão dessa última; deve ser entendida como disciplina, a um só tempo, fenomenológica e ontológica, o que implica recuar a um momento anterior a indagações meramente técnicas de análise textual, indagando, em nível filosófico, sobre o que é *interpretação*, promovendo questionamentos acerca de causas, condições e possibilidades. Significa perguntar não apenas sobre o *quid*, mas também sobre o *quidmodo*.

Assim tomada a hermenêutica, isto é, para além da mecânica da interpretação, podemos apontar-lhe duas dimensões, sendo a primeira delas uma dimensão **expressiva**⁶⁴. Com efeito, mesmo o simples dizer, afirmar ou proclamar constitui um importante ato de interpretação^{65,66}, na medida em que interpretamos todo o tempo tudo a nossa volta e o fazemos por que temos *interesse*.

62 HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2004.

63 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 15.

64 Interpretar como *dizer* relaciona-se à *função anunciadora* de Hermes (*o que se mostra pode tornar-se mensagem*). Não se trata de um processo mecânico, mas, sim, criativo – e paradoxal: afinal, para ler (condição para anunciar em voz alta o sentido do texto), precisamos compreender previamente o que vai ser dito; porém, essa compreensão deve advir da leitura. Por outro lado, o texto retira muito do poder da palavra falada, e a interpretação deve devolver-lhe esse poder, reconvertendo a escrita em discurso (PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 25 e ss.).

65 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 25.

66 Importante recordar, nesse aspecto, que a linguagem é, originalmente, mais ouvida e falada do que lida e vista, sendo, por essa razão, mais facilmente compreendida. Vale notar que muitas das grandes obras da humanidade (os poemas épicos de Homero, as peças de Sófocles, Eurípedes e Ésquilo ou mesmo o teatro de William Shakespeare) foram feitas para serem pronunciadas em alta voz alta. A Bíblia, um desses monumentos, não é informação, é mensagem, relato, proclamação, devendo ser lida e ouvida (os Essênios e certas tradições protestantes recusam o texto escrito, baseando-se em Lucas e Paulo: “a salvação vem pelos ouvidos”). Mesmo a “leitura silenciosa é uma forma disfarçada de interpretação oral”. (PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 28).

De fato, quando lemos ou recitamos um texto ou poesia – e, porque não?, um artigo de lei –, estamos, ainda que sutilmente, a interpretá-lo, por meio de ênfases e entonações obviamente não suportadas pela forma escrita, transmitindo e explicando ao mesmo tempo. Isso porque o intérprete oral tem apenas um *invólucro* do original, sem indicação da tônica ou atitude do autor, mas, ainda assim, tem que conferir expressão ao texto⁶⁷. Ao fazê-lo, o leitor-intérprete fornece ao público uma interpretação do texto conforme sua compreensão dele. Não se trata, a interpretação oral, de uma mera técnica reprodutiva, mas de um expediente analítico ligado ao próprio problema da compreensão – que envolve uma indisfarçável *situação hermenêutica*, que carrega elementos determinantes para a própria interpretação, sempre um evento histórico.

Para realizar uma *performance*, o intérprete tem de, previamente, compreender o assunto e a situação, antes de ingressar no *horizonte de significado* do texto – para utilizar uma expressão heideggeriana. Só quando conseguir fazê-lo é que poderá compreender o seu significado⁶⁸.

O ato de “dizer” ou “expressar” é hermenêutico porque a existência de uma obra, como nos faz lembrar Richard Palmer, não é estática nem conceitual; não é “uma ‘essência’ atemporal que se coisificou enquanto conceito expresso por palavras, mas antes como uma existência que realiza o seu poder de existir enquanto acontecimento oral no tempo. A palavra tem que deixar de ser palavra (isto é, meramente visual e conceitual) e tornar-se evento”⁶⁹.

Ademais, a linguagem falada deveria mesmo nos lembrar da fraqueza da linguagem escrita. Embora esta fixe, conserve e dê estabilidade à obra, não tem a mesma expressividade daquela. Platão, na famosa *Carta VII* (ou *Carta Sétima*), chegou, a propósito, a anunciar

67 Quem nunca, ao ouvir a declamação de um poema, condenou o intérprete por haver ou não realçado determinado verso ou estrofe (que lhe parecia merecer – ou não – certa ênfase)? (Cf., a esse respeito, PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 27).

68 Eis uma primeira aproximação do *círculo hermenêutico*, ao qual tornaremos mais tarde: maneira de proceder do *ser do intérprete*, que envolve compreensões parciais, liminares, prévias, que são confrontadas e aprovadas ou recusadas e descartadas ao longo do processo de interpretação.

69 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 29.

que jamais colocaria sua verdadeira filosofia num papel⁷⁰. Realmente, toda linguagem escrita parece mesmo vindicar uma reconversão em linguagem falada, como a apelar para um poder clarificador perdido⁷¹. Em nosso sistema judicial, nos tribunais superiores e, mais simbolicamente, no órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, os julgamentos preservam sua tradição oral, ainda que leiam os magistrados, em sessão, votos previamente reduzidos a escrito. É por esse modo que os textos-decisão *acontecem* significativamente no tempo, dando-se mais facilmente a compreender (na medida em que a oralidade valoriza a posição do receptor da mensagem).

A hermenêutica como expressão nos ensina que o intérprete não deve pretender dominar, mas deve, antes, render-se ao *ser da obra*, ajudando a restaurar a perda de poder implícita das palavras escritas – pois o texto tem o seu *ser* nas palavras, no seu arranjo, nas suas intenções⁷².

A hermenêutica possui também uma **dimensão racional-clarificadora, discursiva**⁷³. A compreensão (na forma de uma interpretação preliminar) já molda e condiciona a interpretação, pois determina como a aproximação do intérprete acontecerá, possibilitando a interpretação subsequente. A interpretação envolve, de todo modo, sempre um processo dialético, na medida em que avança e recua e implica uma compreensão parcial “que é usada para compreendermos cada vez mais [tal como quando,] “ao manusear as peças de um *puzzle*, adivinhamos o que dele falta. [...] É necessário um certo conhecimento prévio, sem o qual não haverá qualquer comunicação”⁷⁴.

70 PLATÃO. *Cartas*. Lisboa: Editorial Estampa, 1980. A partir dessa afirmação, uma escola filosófica, chamada Agrapho, surgiu e logrou relativa prosperidade na Itália, capitaneada por Giovanni Reale e Dario Antiseri.

71 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 26.

72 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 28.

73 Aristóteles (ARISTÓTELES. *Sobre la interpretación*. Vol. II. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 1988) lida com a hermenêutica como atividade de enunciação, a operação de construir juízos sobre as coisas (asserções de verdade ou falsidade). O objetivo, no entanto, consiste em tornar compreensível um juízo. Esse processo precede a análise lógica (embora a análise lógica também seja interpretação).

74 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 35.

É essa dimensão explicativa da hermenêutica que nos dá a entender que *método* e *objeto* não se podem separar. Com efeito, o método (isto é, a sua escolha) já é, em si, uma interpretação (a seleção das ferramentas relevantes para a análise é uma etapa da tarefa compreensiva), e por isso não pode se dissociar do objeto, porquanto delimita o que será visto e determina o significado dele próprio⁷⁵. No modo como nos voltamos para o objeto e a ele nos dirigimos já há falar-se em interpretação – do que decorre que a análise não é uma interpretação básica, mas uma interpretação *derivada* (no âmbito do direito, isso provoca a seguinte discussão: se o juiz decide antes com base em critérios subjetivos, pessoais, *pré-compreensões*⁷⁶ – o que normalmente não se confessa –, a escolha do método serve apenas a uma necessidade de justificação e legitimação formal da decisão, que precisa convencer a audiência por meio de um discurso racional).

Nesse processo, é importante ter em conta que o significado de algo surge vinculado a um *receptor* (o sujeito passivo da explicação hermenêutica, que possui expectativas) e a um *contexto* (não só a obra nasce vinculada a uma situação histórica, mas também as interpretações dela). Por isso, “falar de um objeto independentemente de um sujeito que o perceba é um erro conceitual causado por um conceito realisticamente inadequado, quer da percepção, quer do mundo”⁷⁷. Não existe, nesse sentido, *objeto*; existe *objeto-para*⁷⁸.

Finalmente, nessa dimensão explicativa, a interpretação “deve processar-se dentro de um horizonte de significados e intenções já aceites”⁷⁹, um universo de pré-compreensão. Deve-se perguntar qual o horizonte literário do texto e, depois, como o horizonte do mundo de intenções, expectativas e pré-interpretações de um indivíduo se re-

75 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 33. No mesmo sentido: BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

76 FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001, p. 92.

77 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 34.

78 Mesmo que se aceite a possibilidade de falar de um objeto independentemente de um sujeito que o perceba, não se pode falar de *sentido* e *significado* fora de sujeitos que o percepcionem.

79 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 34.

laciona com ele: “Essa fusão de dois horizontes deve ser considerada um elemento básico de toda interpretação explicativa”⁸⁰. Dito de outro modo, o intérprete tem de, no ato hermenêutico, *agarrar* o texto; mas deve também ser agarrado por ele.

2. Da hermenêutica filosófica (especialmente ontológica) à hermenêutica jurídica: um breve panorama

“O homem não é nada em si mesmo. É somente uma oportunidade infinita. Mas é o responsável infinito desta oportunidade.”

Albert Camus

Modernamente, conquanto tenha Wilhelm Dilthey⁸¹ procurado firmar a hermenêutica como alicerce de todo o edifício das *ciências* do espírito, dando-lhe lugar de destaque na filosofia⁸² – por ter concebido a *teoria da interpretação*⁸³ como perspectiva de *natureza filosófica*, a servir de base à consciência histórica e à historicidade do homem, e não apenas como conjunto de questões técnicas ou metodológicas –, foi, antes, com Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher⁸⁴ e Karl Wilhelm Friedrich von Schlegel⁸⁵, que ganhou esse ramo do conhecimento o

80 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 35.

81 DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956. W. Dilthey (Wiesbaden, 19 de novembro de 1833 – Siusi allo Sciliar, 1º de outubro de 1911) é normalmente relacionado entre os filósofos empiristas (divergindo, pois, do racionalismo predominante da Alemanha de sua época), embora numa vertente diversa do empirismo britânico clássico, ao qual nos referiremos.

82 W. Dilthey, todavia, não logrou êxito na tentativa de caracterizar a relação intérprete-texto como uma relação “sujeito-sujeito” (empregando as noções de vivências, nexos, estrutura), porquanto não conseguiu superar o dualismo que imaginava existir entre lógica e vida.

83 Utilizaremos a expressão “teoria da interpretação” como sinônimo de “hermenêutica” com o tempero que empregamos no início deste capítulo.

84 O pensamento hermenêutico de Friedrich Daniel Ernest Schleiermacher (Breslau, 21 de novembro de 1768 – Berlim, 12 de fevereiro de 1834) se desenvolverá, primeiro, no âmbito da leitura dos textos sacros; posteriormente, no círculo da literatura *Romântica*.

85 O lugar ocupado por Fr. Schlegel (Hanôver, 10 de março de 1772 – Dresden, 11 de janeiro de 1829) na história da hermenêutica interessa, no entanto, mais às artes e à crítica literária que aos domínios da filosofia ou do direito. Em filosofia, sua importância se cinge ao conceito de ironia e à interpretação da arte como forma suprema do espírito. A ironia

centro das discussões filosóficas de relevo, deixando a penumbra em que, até então, se encontrava.

Para o Direito e sua *ciência* (a jurisprudência), mais relevantes são as contribuições de Fr. Schleiermacher⁸⁶, o verdadeiro precursor da hermenêutica contemporânea. Com Fr. Schleiermacher, a hermenêutica começa a tornar-se compreensão em geral da estrutura de interpretação que procura caracterizar o conhecimento. É Fr. Schleiermacher quem declara que, para compreender a *parte* e o *elemento*, é preciso compreender o *todo* e, mais geralmente, é preciso que o texto ou o objeto interpretado, bem como o sujeito-intérprete, pertençam ao mesmo horizonte. Com essa asserção está fincada a pedra angular da hermenêutica ontológico-histórica de M. Heidegger e de Hans-Georg Gadamer: a essencialidade do contexto interpretativo.

Segundo Fr. Schleiermacher, não há *compreensão imediata*. Desse modo, o intérprete deve realizar um esforço hermenêutico de reconstrução que se dá no vai-e-vem entre o todo e as partes do texto. Postula ainda Fr. Schleiermacher a necessidade de uma interpretação correta (que influenciará grande parte da interpretação do Direito na pós-modernidade), por entender que *interpretar* significa compreender o autor melhor do que ele mesmo se compreendeu⁸⁷. Com esse filósofo, a hermenêutica continua, como se vê, a ser uma arte discursiva do entender como ação recíproca entre *subjetividade* e *objetividade*, prendendo-se à tradição aristotélica.

insere-se no contexto da concepção do infinito como o objetivo a que se deve chegar, de modo que todo pensamento que vive ao finito é inadequado, por ser sempre determinado. A ironia significa a atitude espiritual tendente a superar e dissolver esse determinado, impelindo sempre para mais além. O infinito, a que se pode chegar pela filosofia ou pela arte, é ideia central no pensamento de Fr. Schlegel, que investiga o problema seguinte: como encontrar o acesso para o infinito com meios finitos? O papel da ironia consistiria em suscitar o sentimento de contradição entre o condicionado (finito) e o incondicionado (infinito), com o escopo de eliminá-lo – assim como, a um só tempo, os sentimentos da impossibilidade e da necessidade da perfeita mediação. Posiciona-se a ironia, dessarte, sempre acima de todo o nosso conhecimento, de toda a nossa ação; apresenta-se como o sentido de inadequação em relação à infinitude de todo fato ou ato do espírito humano.

86 Cf. SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica*. Trad. e apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 46 e ss.

87 A esse respeito, conferir o excelente capítulo segundo da Primeira Parte de *Hermenêutica jurídica e concretização judicial* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000), especialmente as páginas 58-60, de Kelly Susane Alflen da Silva.

Fr. Schleiermacher foi, de todo modo, o primeiro teorizador claro do que as contemporâneas compreensões da interpretação chamaram de *círculo hermenêutico*. No cerne desse *círculo* encontram-se as questões da *totalidade* do objeto a ser interpretado e da *totalidade maior*, à qual pertencem o *objeto* e o *sujeito* da operação de interpretação – este podendo compreender aquele intrinsecamente. O círculo hermenêutico apresenta-se, em Fr. Schleiermacher, em duas fundamentais dimensões: (i) pré-conhecimento necessário da totalidade da obra a ser interpretada⁸⁸; (ii) pertença necessária da obra e do intérprete ao mesmo e mais vasto âmbito. A partir dessa última dimensão, a estrutura hermenêutica migrou de campos específicos do conhecimento, tornando-se interpretação de toda a experiência humana.

Foi, no entanto, M. Heidegger⁸⁹ quem, fundando uma nova abordagem (numa matriz linguística existencialista), percebeu a hermenêutica (o *compreender*) nem tanto como instrumento à disposição do homem, mas, primacialmente, como estrutura constitutiva do *Dasein*⁹⁰, isto é, como uma dimensão intrínseca do homem, que *cresce sobre si mesmo* (pressuposto básico para o desenvolvimento das teses de Fr. Schleiermacher), que é um *novelo de experiências* e que, a cada nova experiência – nascida sobre o fundo das anteriores –, torna à interpretação⁹¹.

É nesse sentido – que corresponde à direção tomada pela coetânea interpretação constitucional – que a “hermenêutica se refere ao mundo prático, o mundo da pré-compreensão, em que já sempre somos no mundo e compreendemo-nos como ser-no-mundo a partir e na estrutura prévia de sentido”⁹². Tal *estrutura prévia* nos precede e, por intermédio dela, torna-se a linguagem o *meio especulativo* a partir do qual se determina o caráter linguístico de todo o nosso conhecimento: “uma

88 Expediente que exige um esforço hercúleo (que encontraremos, dois séculos mais tarde, no juiz ideal de Ronald Dworkin).

89 Muito sob a influência decisiva de Edmund Husserl, René Descartes, Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

90 Na ontologia heideggeriana, *Dasein* é o modo de ser exclusivo do homem, que é o ente portador de um relacionamento fundamental ao ser, qual seja, o de encontrar-se na zona de abertura do ser; na qual os entes podem manifestar-se como entes.

91 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 vol. São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 628.

92 STEIN, Ernildo. Prefácio. In.: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

vez estabelecida tal matriz linguística [...], temos as condições para a instauração do diálogo⁹³ com os objetos da interpretação.

Na hermenêutica jurídica contemporânea, a condição do Direito, em suas relações com a sociedade, deve ser compreendida nessa moldura hermenêutico-linguística⁹⁴. Esse paradigma (*hermenêutico-linguístico*), que impregna atual a teoria da interpretação, procura situar o Direito e todos os que com ele trabalham no universo do *sentido* e da *compreensão* – afastando postulados da *filosofia da consciência*, segundo os quais o Direito trabalha com objetos, opera com normas reificadas (objetificadas) e maneja a linguagem como instrumental rígido de entendimento⁹⁵ (interpretação como *clarificação* ou *declaração*) –, buscando, enfim, consignar que o Direito *dialoga* na sua aplicação, fundado no suposto de que a hermenêutica *mostrou* que *somos um diálogo*⁹⁶.

O ponto de partida para todas essas suposições são as teorias da *compreensão* heideggeriana e da *interpretação* gadameriana, que assentam o sujeito como ente que assume sua historicidade como um *acontecimento* (afastando as concepções de um sujeito autossuficiente).

Nessa hermenêutica, o sentido é dado pela *compreensão* (M. Heidegger). Propugna-se que “ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), [que não é] *simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado onde a interpretação faz surgir o sentido*”⁹⁷ (Os destaques pertencem ao original). Por seu turno, esse *sentido* é produzido de acordo com o que é percebido, pensado e apreendido pelo sujeito, pois o que rege o processo de interpretação dos textos (inclusive os de ordem legal) são as condições de sua produção que, difusas

93 STEIN, Ernildo. Prefácio. In.: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

94 STEIN, Ernildo. Prefácio. In.: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

95 STEIN, Ernildo. Prefácio. In.: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

96 STEIN, Ernildo. Prefácio. In.: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

97 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19.

e ocultas, “‘aparecem’ como se fossem provenientes de um [...] lugar fundamental”⁹⁸.

Tal hermenêutica postula que do processo interpretativo não resulta a *descoberta* (desvelamento) de um correto sentido, mas, sim, a *produção* de um sentido (para Friedrich Müller e sua *hermenêutica estruturante*⁹⁹, a norma não está presente no texto legal, resultando do processo de interpretação), decorrente de um processo de compreensão em que o sujeito, implicado numa situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade¹⁰⁰; a interpretação tem, pois, estrita relação com o meio social, nele interferindo, determinando-o (ao invés de apenas descrevê-lo).

Consoante essa corrente filosófica, a *linguagem*, o *sentido* e a *denotação* são analisados não em um *sistema referencial* (como seria no positivismo lógico), mas no plano da historicidade. Essa teoria da interpretação, baseada no método hermenêutico-linguístico, concebe o texto como vinculado a sua própria *existência concreta*, à sua “carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada”¹⁰¹.

O fundamento de possibilidade de toda essa nova hermenêutica (também chamada de *viragem linguístico-ontológica*), inclusive para a filosofia de H-G Gadamer, é a descrição que faz M. Heidegger do círculo hermenêutico¹⁰²: O círculo não deve ser degradado a círculo *vitiosus* e tampouco considerado inconveniente ineliminável. Nele se oculta uma possibilidade positiva do conhecer mais originário, possibilidade que

98 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19.

99 Cf. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

100 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 19 (essa referência não consta da *Introdução* à 11ª edição, o que, no entanto, não significa um abandono dessa premissa pelo autor, como se pode constatar do conteúdo da p. 20).

101 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 20.

102 O círculo hermenêutico descreve a compreensão de mundo como o jogo interno do movimento da *tradição* e do *intérprete* (este em relação àquela) no sentido de uma concreção da consciência histórica, por tratar de desvelar os pré-juízos (numa acepção negativa) e antecipações do intérprete que possam prejudicar a interpretação (que é a forma da compreensão do mundo). Dito de outro modo, o círculo hermenêutico constitui a tese de que toda interpretação é elaborada pela pré-compreensão do que deve ser interpretado.

só pode ser captada de modo genuíno se a interpretação compreende que sua função primeira, permanente e última é a de não se deixar nunca impor pré-disponibilidade, pré-vidências e pré-cognições do caso ou das opiniões comuns, mas fazê-las emergir das próprias coisas, garantido assim a cientificidade do próprio tema¹⁰³.

H-G Gadamer afirma que essa passagem da obra de M. Heidegger descreve o modo de concretização do próprio *compreender interpretativo*, de modo que o essencial da reflexão hermenêutica heideggeriana não é a demonstração de que, aqui, estamos diante de um círculo, mas, sim, o destaque de que esse círculo tem positivo significado ontológico.

O processo descrito por Heidegger é o de que toda revisão do esboço é capaz de transformar-se em nova projeção de significado e de que projetos rivais podem levar a uma compreensão mais clara da unidade de significado: a interpretação começa com preconceitos que são substituídos por outros mais adequados. Esse processo constante de projetar constitui o movimento de compreender e do interpretar. Quem busca compreender expõe-se aos erros derivados das pressuposições não decorrentes das próprias coisas. A tarefa permanente da compreensão é a elaboração e a articulação das projeções apropriadas, antecipatórias por natureza, a serem confirmadas pelas próprias “coisas”. Aqui a única “objetividade” consiste na confirmação que um pressuposto pode receber da elaboração. Que caracteriza as pressuposições inadequadas senão transformarem-se em nada ao serem trabalhadas? O compreender apenas realiza todo seu potencial e não parte de pressuposições arbitrárias. Dessarte, há um sentido positivo em dizer que o intérprete não defronta o texto, limitando-se a permanecer no marco das pressuposições presentes em si, mas que, frente ao texto, explicitamente, ponha à prova a legitimidade de tais pressuposições, isto é, sua origem e validade. Esse requisito básico pode ser visto com a radicalização de um procedimento que exercemos, de fato, sempre que compreendemos alguma coisa. [...] a compreensão metodologicamente consciente não buscará meramente ideias antecipatórias, mas torná-las conscientes, submetê-las a experiência e, então, adquirir a correta compreensão das coisas.¹⁰⁴

103 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 89.

104 “The process that Heidegger describes is that every revision of the fore-projection is capable of projecting before itself a new projection of meaning; rival projects can emerge

Ainda segundo H-G Gadamer, na descrição heideggeriana do círculo hermenêutico já é possível notar o pano de fundo do procedimento hermenêutico, do ato interpretativo: em face de textos providos de sentido, o intérprete se aproxima já-portador de pré-juízos¹⁰⁵ e expectativas. O *significado preliminar* obtido tem como base aquelas pré-suposições, derivadas da pré-compreensão. “E o trabalho hermenêutico posterior consiste todo na elaboração daquele projeto inicial, ‘que é revisto continuamente com base no resultado da ulterior penetração no texto.’”¹⁰⁶

A estipulação do círculo hermenêutico como pressuposto da interpretação possui implicação direta para a hermenêutica filosófica e, especialmente, para a hermenêutica jurídica constitucional. Trata-se da significação da *compreensão* e da *pré-compreensão*.

Segundo I. M. Coelho, a *compreensão* é dos “mais ricos achados”¹⁰⁷ da hermenêutica filosófica contemporânea, consistindo na descoberta de que o entendimento do sentido de uma coisa, de um

side by side until it becomes clearer what the unity of meaning is; interpretation begins with fore-conceptions that are replaced by more suitable ones. This constant process of new projection constitutes the movement of understanding and interpretation. A person who is trying to understand is exposed to distraction from fore-meanings that are not borne out by the things themselves. The working-out appropriate projections, anticipatory in nature, to be confirmed ‘by the things themselves’, is the constant task of understanding. The only ‘objectivity’ here is the confirmation of a fore-meaning in its being worked out. The only thing that characterizes the arbitrariness of inappropriate fore-meanings is that they come to nothing in the working-out. But understanding achieves is full potentiality only when the fore-meanings that it uses are not arbitrary. Thus it is quite right for the interpreter not to approach the text directly, relying solely on the fore-meaning at once available to him, but rather to examine explicitly the legitimacy, i.e. the origin and validity, of the fore-meanings present within him.

This fundamental requirement must be seen as the radicalization of a procedure that in fact we exercise whenever we understand anything. [...] methodologically conscious understanding will be concerned not merely to form anticipatory ideas, but to make them conscious, so as to check them and thus acquire right understanding from the things themselves.” (GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. Trans. Joel Weinsheimer and Donald Marshall. 2ª Ed. New York: Continuum, 1997, p. 267-269). (Tradução livre).

105 Para H-G Gadamer, *pré-juízos* (ideias que compõem uma tradição ou cultura) não tem significado depreciativo, equivalendo, antes, a *ideia*, *conjectura*, *pressuposição*. Desse modo, o que se tem, coetaneamente, como juízos, no futuro serão *pré-juízos* (GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. Trans. Joel Weinsheimer and Donald Marshall. 2ª Ed. New York: Continuum, 1997, p. 240 e ss.).

106 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 Vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 629.

107 COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. In.: Revista *Diálogo Jurídico*. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 5.

acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender¹⁰⁸. Desse assentamento resulta que toda interpretação é guiada pela pré-compreensão do intérprete. Conforme I. M. Coelho¹⁰⁹, a seguinte disposição heideggeriana constitui “lição definitiva”:

A interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa *posição prévia*, *visão prévia* e *concepção prévia*. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisto que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹¹⁰

Outro ponto de apoio é a (já mencionada) *historicidade da interpretação*. O *eu* do intérprete é uma síntese que integra e supera os elementos que o constituem, isto é, o *eu* originário de cada um é o seu entorno ou circunstância (para usar uma expressão bastante difundida de José Ortega y Gasset), o mundo real em que todos se inserem e vivem. É, no entanto, com H-G Gadamer, que assume curial importância, na atividade hermenêutica, o *momento histórico*, pois a estrutura fundamental do *Dasein* está fundada na temporalidade – que é desdobrada em *historicidade*. Disso decorre que o expediente interpretativo, no âmbito jurídico, não pode ser destacado das condições de uma tradição histórica, que são limites (hermenêuticos, e não institucionais e políticos, dos quais cuidaremos nos Capítulos IV e VI deste texto) à criação do Direito. A

108 COELHO, Inocêncio Mártires. *Repensando a interpretação constitucional*. In.: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 5.

109 COELHO, Inocêncio Mártires. *Repensando a interpretação constitucional*. In.: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Ano I, Vol. I, nº 5.

110 HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000, p. 207.

função da hermenêutica é vista com referência ao fenômeno histórico e à determinação da situação hermenêutica em geral¹¹¹.

Vê-se, pois, a razão porque propugna a hermenêutica contemporânea que o intérprete, ao deparar com um texto a interpretar, não será por ele preenchido, mas, ao contrário, preenchê-lo-á, consoante seus pré-juízos, suas vivências e de acordo com as marcas do contexto social, histórico, político e econômico em que se insere – o que, no âmbito da interpretação jurídica insere um *elemento de tensão* entre a jurisdição e o majoritarismo, com os juízes realizando apreciações e imisções axiológicas e atualizadoras em princípio impróprias a um ramo do Poder do qual se deveria esperar um maior conservadorismo na proteção das chamadas *escolhas fundamentais* ou *constitucionais*. A compreensão do significado de conceitos, por exemplo, exige que o intérprete participe do jogo de linguagem do texto, cuja compreensão pressupõe certas *vivências-chave*.

Nessa hermenêutica, o sentido é dado pelo *ser-no-mundo* do jurista, e a linguagem deixa de ser *tertium res* que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser *apreendido*¹¹². Realmente, como é nos procedimentos de interpretação que ocorre a concretização (*criação*) do sentido, o aspecto comunicativo da linguagem revela-se de suma importância para o “diálogo hermenêutico” – por isso a relação fundamental entre *linguística* e *compreensão*, vez que a linguagem permitirá ao intérprete tocar (dialogar com) os objetos sob interpretação¹¹³. Passa a linguagem, vê-se, a ter relevância primacial como *veículo de comunicação*, isto é, como condição de possibilidade da interpretação¹¹⁴.

Quer-se, com isso, ultrapassar o paradigma iluminista *sujeito-objeto*, revelando-se, de consequência, o sem-lugar do “sujeito da

111 É com H-G Gadamer que ganham relevo as relações entre aplicação e compreensão (essa como precedente necessário daquela).

112 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 19.

113 Advertem alguns hermeneutas contemporâneos, nesse particular, que enquanto a compreensão, a interpretação e a exploração hermenêutica permanecerem limitadas ao âmbito dos enunciados linguísticos (textos das normas previamente dados), isto é, ao processo dedutivo de justificação que se completa no momento decisório, haverá decisões cada vez mais inautênticas e inadequadas em relação à coletividade.

114 Mais do que isso, a linguagem é, segundo M. Heidegger, condição de possibilidade de o ente ser-no-mundo.

subjetividade assujeitadora”¹¹⁵ (expurgando, desse modo, a segurança representada pelo cogito). Foi M. Heidegger, uma vez mais, quem conseguiu realizar a superação da relação “subjetivo-objetiva”, promovendo *progresso* para além dos problemas da subjetividade¹¹⁶⁻¹¹⁷.

Na hermenêutica do giro linguístico, a verdade não é uma pura questão de método (isto é, um enunciado não está justificado porque seja verdadeiro, mas é verdadeiro porque está justificado segundo critérios aceitáveis¹¹⁸⁻¹¹⁹), devendo o resultado da interpretação se conformar com a situação hermenêutica em que se encontram os sujeitos. O jurista deve interpretar a norma a partir de um ponto dentro da tradição e da experiência histórica.

Compreender um texto de acordo com as teses ontológicas significa, pois, ter que compreender a tradição, especialmente porque nela se insere o intérprete. O texto somente pode ser compreendido se

115 “O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar nesse giro. Daí o devido cuidado, para que não se confunda a ‘morte do sujeito’ (solipsista) com a morte do sujeito da relação de objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Quem morre é o sujeito da subjetividade; nesse novo paradigma, o sujeito (solipsista) não é substituído por uma estrutura ou por um sistema; ele ‘simplesmente’ não mais ‘assujeita’ as coisas, os sentidos e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um a priori compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse ‘sujeito’. Essa problemática será tratada com mais detalhes no pós-posfácio da presente obra, para mostrar que a hermenêutica filosófica não ‘matou o sujeito’ da enunciação; não existe proibição de interpretar; a tradição e modo-de-ser-no-mundo não aprisionam esse (nosso) sujeito. O que ocorre é que ele – o sujeito – não é mais consciente-de-si-do-pensamento pensante.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 252-253).

116 O ser-no-mundo não se relaciona apenas com o que lhe é *dado* e, com efeito, mesmo na realidade dada, há algo a ser desvelado: o ser-no-mundo é cômico da realidade (ao contrário do que pressupunha W. Dilthey).

117 O jurista-positivista, de seu lado, quer, objetivamente, descrever o mundo jurídico, poder dizê-lo – tarefa considerada, no âmbito da hermenêutica da viragem linguística, primária e insuficiente diante das expectativas de democratização do entender o Direito.

118 ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 50.

119 De acordo com Niels Bohr, há dois tipos de verdade: verdades profundas, assim reconhecidas pelo fato de que o seu oposto é também verdade profunda, em contraste com trivialidades onde opostos são, obviamente, absurdos (Cf. BORN, Hans. *My father*. In ROZENTAL, E. Niels Bohr: His Life and Work As Seen by His Friends and Colleagues. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 1967, p. 328) (uma versão mais corrente dessa asserção é a seguinte: o oposto de uma afirmação correta é uma afirmação falsa. Mas o oposto de uma verdade profunda pode muito bem ser outra verdade profunda).

considerado o contexto-tradição em que se acha o afazer hermenêutico. A compreensão desempenha, nesse sentido, o fundamental papel de atualizar o texto (contextualizá-lo). A consciência hermenêutica, na atual conjuntura (inclusive jurídica), deve ser consciência histórica.

O compreender, nessa tradição, pertence à experiência humana no mundo. Por isso, difícil justificar (mesmo em fóruns neopositivistas), contemporaneamente, dadas as exigências de racionalidade discursiva e compreensibilidade, uma hermenêutica jurídica fundada somente na interpretação dos textos das normas (o aspecto palpável e sensível do fenômeno jurídico).

[...] faço a distinção entre texto (jurídico) e norma (jurídica). Isto porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido “expresso” pelo texto já é algo novo, diferente do “texto”. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua “inserção no mundo da vida”: as normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico-concreto (textos, enunciados), é uma “ordem jurídica” apenas “potencialmente”, é um “conjunto de possibilidades; um conjunto de normas potenciais”. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.¹²⁰

Não se pode, com efeito, confundir texto de norma com norma jurídica, pois esta não é dada preliminarmente, mas, ao contrário, é (deve ser) construída (o processo de aplicação é um processo de cognição).

A interpretação, na nova hermenêutica, não é, como se tem visto, mero processo contemplativo ou averiguador de sentido, mas, ao contrário, um processo produtivo¹²¹ (criador) de sentido. Imagina-se que,

120 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 18 (nota de rodapé não reproduzida na 11ª edição, de 2014).

121 Entende-se que a ordem jurídica não é um dado supra-histórico, fora da existência e experiência humanas, e que a hermenêutica constitucional deve estar assentada nos princípios constitucionais e na compreensão de que a Constituição é a ordem jurídica fundamental, determinante de princípios diretivos. Por meio da tarefa hermenêutica, amplia-se a compreensão constitucional, destacando-se a jurisdição constitucional por meio do criacionismo jurisprudencial, que visa a dar um conteúdo básico às abertas normas constitucionais (Cf.,

com isso, passaremos de um Estado de Direito Formal (formelle Rechtsstaat) a um Estado de Direito Material¹²² (materieller Rechtsstaat), isto é, efetivamente constitucional, o que será possível por meio da concretização do direito¹²³. Nesse sentido, ganha destaque a hermenêutica concretizadora¹²⁴ de Konrad Hesse, para quem o intérprete deve ter consciência histórica ou hermenêutica, no sentido heideggeriano.

I. M. Coelho, especialmente em sua *Interpretação Constitucional*¹²⁵, destaca a existência de uma parte material na Constituição – aquela onde previstos os direitos fundamentais – a requerer uma hermenêutica concretiva, materializante. Tal concreção, realizada pela interpretação, demandaria uma compreensão vinculada à experiência humana do mundo.

Com efeito, ao contrário dos interpretativistas – que, embora admitam que o aplicador da Constituição não deva prender-se à literalidade do texto em todos os casos¹²⁶, consideram ofensiva aos princípios democrático e da repartição de poderes a criatividade judicial, isto é, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que ultrapasse o âmbito do seu significado linguisticamente possível e

nesse sentido, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 37; SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 349 e ss.).

122 Nesse sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

123 A nosso ver, no entanto, a *nova hermenêutica*, alegando fundar um Estado de Direito Material, acaba por expor a risco esse mesmo Estado.

124 Nessa hermenêutica, a norma constitucional somente alcança efetividade no momento histórico em que ocorre a sua aplicação, possível somente porque o intérprete, compreendendo a norma em relação às condições históricas e sociais, materializa-a, concretiza-a (cria-a).

125 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 75 e ss.

126 Na ótica interpretacionista, os juízes, ao decidirem questões constitucionais, devem levar em conta apenas o que consta claramente explicitado nas normas escritas, ou ao menos claramente implícito. “Em geral a Constituição indica sumariamente certos princípios fundamentais cujas implicações específicas para cada época devem ser determinadas no contexto da época em questão. O que distingue o interpretacionismo do seu oposto [o não interpretacionismo] é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3 e 4).

implique a atribuição, aos juízes, de uma legitimidade que é privativa dos titulares de mandatos políticos legislativos –, os não-interpretativistas¹²⁷ defendem a legitimidade (em nome da efetividade material da Carta Magna) da invocação de valores substantivos como, v. g., justiça, igualdade e liberdade a fim de dotar a magistratura de forte competência interpretativa¹²⁸ (hábil, assim, a fundar um verdadeiro Estado Material Democrático de Direito). Em termos constitucionais – assinala-se –, a criação judicial encontra mais fértil terreno em face da historicidade e da estrutura aberta e polissêmica do texto constitucional material.

Firmado esse entendimento basilar, diriam os criacionistas, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar os princípios constitucionais “ou se renuncia à pretensão de vivenciar a Constituição”¹²⁹, porquanto somente no momento da aplicação das regras de direito são revelados o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Dito de outra maneira, a norma jurídica não é pressuposto, mas resultado do processo interpretativo (ou, ainda, a norma é a sua interpretação). Tal asserção coincide com aquela feita por Peter Häberle, para quem não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada¹³⁰ (interpretar um ato normativo não seria mais do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública).

É a criação judicial que, segundo os não-interpretativistas, permite a sobrevivência dos textos constitucionais, em razão de sua capacidade de adequá-los à realidade¹³¹, permitindo que se realize a *mutação*

127 Numa abordagem não interpretacionista, “os tribunais devem [...] fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3).

128 COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 69.

129 COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 69.

130 Tal pressuposto não foi desenvolvido de modo mais aprofundado por Peter Häberle em A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Foi Gilmar Ferreira Mendes, na apresentação à edição brasileira da obra mencionada, quem o apontou, indicando a seguinte fonte: HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. In.: RALF/SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 293 (313).

131 Isso introduz, no entanto, um problema lógico, epistemológico e institucional para a jurisdição constitucional: manter-se como instância conservadora e garantidora dos valores fixados em momentos constitucionais ou, à maneira do majoritarismo, converter-se em intérprete dos valores da contemporaneidade (tarefa que o senso comum parece atribuir à democracia representativa e aos Paramentos)? Tangenciando o tema, Christopher Wolfe ponde-

constitucional, isto é, a adaptação não-revolucionária das normas constitucionais aos novos contextos sócio-históricos, por meio da ambientação do texto ao contexto, garantindo o equilíbrio entre a realidade histórica e a superestrutura institucional¹³², bem como a correlação entre a força normativa e a realidade social subjacente à Constituição.

Em defesa da legitimidade constitucional do criacionismo judicial, I. M. Coelho pondera que, “enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de ‘origem’, os juízes possuem uma legitimidade ‘adquirida’ pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelo controle do seu comportamento”¹³³.

Nesse sentido, carece de reinterpretação¹³⁴ – ainda segundo I. M. Coelho – o dogma da separação de poderes, de molde a conformá-lo ao Estado Constitucional, que, “sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário - sobretudo

rou: “A jurisprudência moderna não estava satisfeita com os limites de sua função, e esperava obter maiores frutos de um conceito mais amplo do poder judicial que transcendesse uma Constituição fixa e se convertesse ‘no que expressa’ uma Constituição ‘viva’ e ‘em desenvolvimento’. Ao ter perdido a âncora de uma Constituição fixa, juristas como Cardozo se viram forçados a buscar outras âncoras, tais como ‘objetividade’ ou guiar-se pelo ‘espírito da época’. Inevitavelmente, isto leva também à possibilidade de que os juízes atuem em conformidade com o espírito da época vindoura e que também tomem parte de seu nascimento.” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 328) (“La jurisprudencia moderna no estaba satisfecha con los límites de esta función, y esperaba obtener mayores frutos de un concepto más amplio del poder judicial que trascendiera a una Constitución fija y se convirtiera en ‘el que especifica’ una Constitución ‘viva’ y ‘en desarrollo’. Al haber perdido el ancla de una Constitución fija, juristas como Cardozo se vieron forzados a buscar otras âncoras, tales como la ‘objetividad’ de guiarse por el ‘espíritu de la época’. Inevitablemente esto llevaba también a la posibilidad de que los jueces actuaran de conformidad con el espíritu de la época venidera y que también tomasen parte de su nacimiento.”) (Tradução livre) (O destaque pertence ao original).

132 Cf., a propósito, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

133 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, 2007, p. 72.

134 A nosso ver, não de reinterpretação, mas de uma correta interpretação, porquanto, como veremos nos Capítulos seguintes, ao arranjo político da separação de poderes não é incompatível com todas as formas de ativismo judicial.

das Cortes Constitucionais -, crescentemente comprometido com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais”¹³⁵.

3. Subjetivismo e realismo em hermenêutica: o papel do intérprete

“Quem quiser compreender um texto deve estar pronto a deixar que ele lhe diga alguma coisa.”

H-G Gadamer

Fundamentalmente, podemos dividir a abordagem hermenêutica em dois conjuntos de torres em oposição: (i) conforme o papel desempenhado pelo intérprete diante do texto e pelo texto em face do intérprete, *subjetivismo vs. realismo*; (ii) consoante a natureza do objeto interpretado, *essencialismo* (ou ontologismo) *vs. ceticismo-retórico* (dessa segunda oposição cuidaremos, no campo do Direito, nos Capítulos III e IV deste texto).

O realismo interpretativo remonta à Grécia Clássica – que tinha na mimese (ou *mimesis*) a forma de arte por excelência. Nessa perspectiva, o sujeito pouco se impõe sobre o objeto, determinando-lhe; ao contrário, este é que se impõe sobre aquele (tanto que Aristóteles colocará as categorias do conhecimento no objeto¹³⁶, e não no sujeito), estabelecendo de que forma e o quanto poderá ser conhecido. Nesse sentido, no campo da arte, o trabalho do autor consistiria em imitar ou reproduzir o real (para Platão toda criação era uma imitação, até mesmo a criação do mundo era uma imitação da natureza verdadeira, o mundo das ideias¹³⁷). Platão e Aristóteles, é importante que se diga, diferenciaram mimese de *diegese*, isto é, a *encenação*, o espaço ficcional e da criatividade. Naquele contexto histórico, com forte carga objetiva, uma obra só seria considerada artística se resultasse de uma tentativa de reproduzir a natureza, tendo pouco ou nenhum espaço criativo o

135 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96-97.

136 Aristóteles é tido como o pai, entre outros ramos do conhecimento, do chamado empirismo naturalizado. Cf., especialmente, ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006, especialmente o Livro III.

137 Platão desenvolveu a teoria das formas ou das ideias, especialmente, nos diálogos *Fédon* e *A República* (Livros VI e VII).

seu autor (ou *produtor*). Nos domínios da interpretação, competiria ao leitor de um texto ou ao apreciador de uma obra de arte buscar num e noutra (e apenas no texto e na obra, mediante recursos filológicos, lógicos, gramaticais, estéticos e técnicos) a sua melhor compreensão.

A subjetividade, como a entendemos, será fundada pela Modernidade e pelo Romantismo literário-filosófico, com o *crescimento* do sujeito (e de sua inflexão) sobre o objeto. Immanuel Kant¹³⁸ promoverá o giro copernicano na epistemologia, retirando as categorias do objeto e colocando-as no sujeito, reconhecendo e anunciando, assim, a um só tempo, a potencialidade da razão (conquanto sujeita a limites¹³⁹) e a liberdade do sujeito (a liberdade de que trata a *Crítica da Razão Pura* é, fundamentalmente, liberdade epistemológica) diante do objeto.

Essas diferentes maneiras de abordar um texto normativo no âmbito jurídico encontrarão em H-G Gadamer e Emilio Betti sua melhor expressão, podendo o embate ser assim resumido: é possível encontrar *a* interpretação correta ou apenas produzir interpretações melhores que outras (e umas após as outras)? Onde buscar o sentido de averiguação da qualidade (ou correção, na acepção objetiva) da interpretação? Na tradição, na historicidade, na relação entre intérprete e obra interpretada ou no próprio objeto da interpretação (no caso do Direito, no texto da norma)?

3.1 O caráter libertário da hermenêutica gadameriana

Para H-G Gadamer, o autor de um texto é um elemento ocasional. Uma vez gerado, o texto tem vida autônoma; tem, por isso, *verbi gratia*, efeitos sobre a história posterior (efeitos não previstos nem imaginados pelo autor)¹⁴⁰. Essas consequências do texto entram em simbiose com outros produtos culturais. A história dos efeitos de um texto sempre determina mais plenamente o seu sentido.

138 Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. É preciso distinguir o Immanuel Kant (Königsberg, 22 de abril de 1724 – Königsberg, de 12 de fevereiro de 1804) do pensamento político, que se associa à feição continental do racionalismo (veja, por exemplo, seu opúsculo *À paz perpétua*), do Immanuel Kant da epistemologia, que, sob influência declarada de David Hume (que o teria despertado de um “sono dogmático”), posiciona-se entre as tradições inglesa e continental.

139 O principal deles a incognoscibilidade da coisa-em-si.

140 Em *O Mito de Sísifo*, Albert Camus consignou: “Como as grandes obras, os sentimentos profundos significam mais do que têm consciência de dizer.” (CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 25).

É em razão da história dos efeitos que se diz, por vezes, a respeito de determinada interpretação, que se avançou muito além do que teria querido dizer o autor do texto, isto é, que o intérprete teria *exorbitado*. Para os não-interpretativistas do Direito, essa crítica em particular não apresenta maiores problemas. Em verdade, entende-se que não há porque buscar-se, como elemento de interpretação, a *voluntas legislatoris*, porquanto o legislador é (apenas) o *autor de fato* (nos sistemas da *civil law*, especialmente) do texto da norma (o que aumenta a fricção com o majoritarismo).

Não deve o intérprete do Direito ficar preso ao texto, como o historiador aos fatos passados. Tendo mais liberdade, pode avançar mais, dando mesmo à lei uma significação imprevista ou diversa da esperada ou pretendida pelo legislador, desde que autorizado pelas valorações emergentes ou pelo desenvolver-se do processo histórico¹⁴¹. Ademais, é tarefa do Poder Judiciário desvelar e realizar, em suas decisões, os valores que são imanentes à ordem jurídica e que não chegaram – ou chegaram de modo incompleto – aos textos das leis escritas (o que seria um ato de reconhecimento)¹⁴². As soluções dos casos concretos – entende-se – não podem continuar a fundar-se em cogitações simplesmente atribuídas a um sujeito que não é “desmundanizado”, porque a ordem jurídica não está dada¹⁴³ de uma vez por todas (como pretendia a mitificação iluminista). Sua formação é um “processo histórico e concreto, que necessita de colaboração consciente da coletividade”¹⁴⁴.

Por outras palavras, a distância temporal que separa o intérprete do momento do aparecimento do texto não representa obstáculo à sua compreensão: “quanto mais nos afastamos cronologicamente do texto, mais deveremos nos aproximar dele com melhor compreensão, posto que aumentam aqueles dados de consciência que nos põem em condições de descartar as interpretações errôneas ou menos adequadas e substituí-las por interpretações novas e mais justas”¹⁴⁵. Não é que uma interpretação seja válida simplesmente por ser mais recente, mas,

141 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 287-288.

142 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 351.

143 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 440.

144 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 350.

145 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 632.

sim, que uma interpretação é válida até que seja obtida interpretação melhor. Ademais, propugna-se que o crescimento do saber comporta a eliminação “daqueles suportes que tornam válida uma interpretação e, com isso, a urgência de formular e experimentar uma outra (que talvez até já houvesse sido proposta no passado, mas que, na época, foi descartada por motivos talvez considerados válidos na época)”¹⁴⁶.

A liberdade do intérprete não equivale, é importante que se diga, a *arbitrariedade*. Isso porque o intérprete tem a pré-estrutura da tradição de que faz parte¹⁴⁷. Essa, por sua vez, deve ser utilizada de modo que os fatos e as normas possibilitem ao processo de concretização ser estruturável, controlável e discutível¹⁴⁸. Quer-se, enfim, que possuam as decisões jurídicas a racionalidade e a exatidão possíveis¹⁴⁹ – não *exatidão* nos moldes do positivismo exegético, mas exatidão que tenha por base um método¹⁵⁰ (não no sentido empregado por Emilio Betti, como veremos) e a utilização de prévias estruturas sociais e históri-

146 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 633.

147 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 357 e 428.

148 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 428.

149 A exigência de uma racionalidade e de uma exatidão possíveis nas decisões jurídicas decorre da impossibilidade de uma racionalidade integral, baseada em uma objetividade consistente no reencontro total do texto de norma e do caso de espécie sem pressupostos, viabilizada pelo método (Cf. SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 351 e 357-358).

150 Desse modo, seguindo as orientações heideggerianas e gadamerianas, Kelly Suzane Alflen da Silva (SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 439-440) pondera que a questão do método, na hermenêutica jurídica e na hermenêutica filosófica, deve se situar em algo como algo (Etwas als Etwas) do ser-no-mundo (In-der-Welt-sein), e não no Als apofântico, enquanto a interpretação jurídica continue a manter-se (segundo o paradigma tradicional) com base na ontologia do simplesmente dado, sobretudo em razão da tradução do logos que continuou como Als apofântico, cujo fundamento reside na análise lógica da linguagem – não no sentido aristotélico, em que o logos apresenta-se como o modo de ser do Dasein (M. Heidegger), podendo, nessa medida, ser desocultador ou ocultador. Consoante as formulações da hermenêutica de índole ontológica, “o logos pode ser empregado não só como discurso, mas também, como fenômeno que se mostra como tal e pode ser interpelado como algo que se tornou visível em sua relação com outra coisa. Na hermenêutica jurídica a compreensão não pode mais se dar pelos juristas-intérpretes, em geral, que no âmbito da atividade legislativa, quer judicial, quer nas faculdades de Direito, quer pelos doutrinadores, com base no Als apofântico, mas com base no Als hermenêutico, que requer uma análise hermenêutico-fenomenológica” (*Op. cit.*, p. 440).

cas¹⁵¹ –, de forma a garantir a legitimidade e a possibilidade de controle do processo de mediação das circunstâncias das coisas, do texto das normas, do programa e âmbito normativos e, por fim, da *norma criada*.

3.2 O realismo da hermenêutica de Emilio Betti

Diversamente de H-G Gadamer, filiado a uma genealogia que remonta à ontologia linguística de M. Heidegger, Emilio Betti¹⁵² vincula-se à tradição de Fr. Schleiermacher e W. Dilthey, que entendem a hermenêutica como corpo geral de princípios metodológicos subjacentes à interpretação. Nessa perspectiva, que enxerga a hermenêutica como ciência, E. Betti defende a autonomia do objeto da interpretação, a possibilidade de uma objetividade histórica na elaboração de interpretações válidas (por meio da reconstrução das intenções do autor do texto ou obra, premissa que já se encontrava em W. Dilthey) e o abandono do ponto de vista atual do intérprete como mero historiador.

Destaque-se, porém, que E. Betti não pretende recusar à interpretação seu insuperável momento subjetivo, porquanto não é possível falar de objetividade que não envolva a subjetividade do intérprete. No entanto, e é essa a sua tese, qualquer que seja o papel da subjetividade na interpretação, o objeto mantém-se objeto, sendo possível realizar com ele uma interpretação objetivamente válida¹⁵³. Por outras palavras, o objeto da interpretação fala e pode ser ouvido de um modo correto ou incorreto, pois “nele há um significado objetivamente verificável”¹⁵⁴. Numa retomada da filosofia bergsoniana, o objeto a interpretar é visto como uma objetivação do espírito humano expressa de forma sensível, devendo a interpretação reconhecer e reconstruir o significado que o autor da obra foi capaz de incorporar¹⁵⁵.

151 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 357-358.

152 BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.

153 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 65.

154 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 65.

155 Para E. Betti, a recente hermenêutica alemã tem feito equivaler a função do intérprete na atribuição de sentido ao objeto à própria interpretação, o que é um equívoco.

Contra a ausência de regras e o desprezo pela relevância do método típicos da ontologia hermenêutica heideggeriana-gadameriana¹⁵⁶, E. Betti entende que a atividade hermenêutica deve permitir a distinção de uma interpretação errada de uma correta, além da diferenciação de métodos conforme o objeto. A justificação de um enunciado deve advir de seu atributo de verdade, e não o contrário.

É possível identificar em E. Betti regras¹⁵⁷ para uma interpretação segura: (i) a autonomia essencial do objeto (por obediência a essa regra, a subjetividade do intérprete deve penetrar a estranheza e alteridade do objeto, ou então apenas projetará a própria subjetividade no objeto da interpretação. O observador tem que voltar à ideia incorporada no objeto, fazendo uma espécie de “engenharia reversa” do processo criativo); (ii) o contexto do sentido (as partes individuais devem ser interpretadas em atenção ao todo – há uma relação íntima de coerência entre as partes individuais e uma totalidade sobreposta, construída com elas); (iii) o caráter “interesseiro” do significado (para E. Betti, os interesses atuais e a experiência do intérprete estão sempre implicados no processo de interpretação, devendo ser controlados e reduzidos à luz do objeto. Não há fuga possível à compreensão e à experiência de cada um. A compreensão não é uma receptividade passiva, mas um processo de reconstrução que envolve a própria experiência que o intérprete tem do mundo).

156 Essa formulação não indica, porém, que há, na ontologia hermenêutica, anarquismo interpretativo. Existem, com efeito, cânones relacionados ao sujeito que podem ser manejados a fim de que se obtenha, progressivamente, o resultado epistemológico esperado, em especial quanto à reconstrução normativa. Cânones subjetivos são, *verbi gratia*, a atualidade do entender, a congenialidade hermenêutica e a adequação (sócio-histórica) do entendimento. Diretrizes objetivas são determinadas pela temporalidade, historicidade, tradição e pelo valor estruturante da experiência. Se H-G Gadamer recusa, de um lado, o papel assujeitador de objetos atribuído ao intérprete pela filosofia da consciência (que daria margem a um sujeito hiperconsciente – no limite, solipsista), rejeita, de outro, o relativismo hermenêutico – na medida em que acredita em verdades (mas verdades hermenêuticas, e não apofânticas).

Por outras palavras, na hermenêutica do giro ontológico, o processo interpretativo-concretizador, necessariamente um expediente intersubjetivo, pode ser controlado por seu grau de comunicabilidade e sujeição a questionamentos, legitimando-se, assim, o sentido daquilo que foi articulado.

157 PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, p. 65-67.

Para E. Betti, um texto a que um pré-juízo confere sentido não existe simplesmente para fortalecer a opinião que previamente sustentamos. Ao contrário, temos que assumir que o texto tem algo a nos dizer, independentemente da ação de o compreendermos. Vê-se que, na hermenêutica realista de E. Betti, a distinção entre *interpretação* e *compreensão* é absolutamente necessária¹⁵⁸.

4. A perda da liberdade hermenêutica no âmbito jurídico

“As correntes de ferro e a de seda vinculam igualmente.”

Fr. von Schiller

Fundada, como vimos, no reconhecimento da liberdade do *sujeito* diante dos objetos culturais, entre os quais as normas jurídicas, a hermenêutica jurídica, como veremos, passará por períodos de *vedação*, justificada com arrimo numa pretensa completude da legislação e codificação, uma decorrência da vontade de dominação linguística do Estado moderno-liberal (como estratégia para pacificar conflitos, garantir o respeito às liberdades individuais e gerar estabilidade para o funcionamento dos nascentes mercados em busca consolidação) contra a discricionariedade da magistratura (que produzia julgamentos tão disformes, quanto díspares em conclusões e fundamentos).

Mesmo após a falência do mito iluminista do legislador *onipotente*, associado à irrefutável constatação do caráter aberto, polissêmico, poroso e alográfico dos textos das normas jurídicas, em especial com o advento do Estado moderno-social – surgido na esteira das *revoluções sociais* que marcaram o século XIX e ensejaram uma nova espécie de direitos fundamentais (de caráter protetivo, encerrados em

158 Essa distinção entre os existenciais da *interpretação* e da *compreensão* também se encontra em M. Heidegger, mas não em nível *normativo*, e, sim, *filosófico*: “A compreensão [segundo M. Heidegger] é um elemento que faz parte do ser-no-mundo, que está presente na própria estrutura do ser humano (*Dasein*), explica Ernildo Stein: a partir desse elemento da compreensão é que Heidegger estabelece todas as determinações que ele entende por interpretação. Heidegger diz que toda interpretação se funda na compreensão. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se preliminarou como possibilidade de articulação.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 285). A *compreensão*, em M. Heidegger, participa da estrutura ontológica do *Dasein*.

normas-princípio promissivas), a exigirem *densificação* para efetiva satisfação de pretensões individuais ou sociais, para o que se tornou essencial a intervenção, primeiro, do Poder Executivo, depois do Poder Judiciário –, a hermenêutica jurídica continuará *enclausurada*, constrictos os juízes e tribunais jurídicos por uma vinculação (cada vez mais) hierarquizada¹⁵⁹ à retórica institucionalizada nos lexemas produzidas pelas Cortes Constitucionais – que deram sequência ao projeto de dominação linguística do Direito, animando as aspirações liberais de certeza, estabilidade e segurança jurídicas.

Eis o tema dos três próximos capítulos.

159 Primeiro *política* (por força de *orientações*), depois *institucionalmente* (por meio da *objetivação* e *vinculação erga omnes* de decisões em princípio intersubjetivas).

CAPÍTULO II – A VEDAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO: A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO-LIBERAL

1. Estado moderno e divisão de poderes. 1.1. Divisão de poderes e flexibilidade: o núcleo irredutível do *arranjo*. 1.2. Os direitos e garantias da primeira geração constitucional e a função da norma jurídica: proteção da liberdade individual e garantia da igualdade formal. 2. O mundo jurídico realizado pela Modernidade continental: a supremacia do discurso legislativo, a pretensão de inequivocidade da norma legislada e o controle linguístico e *a priori* da interpretação: a promessa da decisão judicial *democrática*. 2.1. A fonte primordial do direito no sistema da “moderna” *civil law*: a lei, sua natureza e seus atributos. 2.2. Do outro lado do Canal da Mancha e do Atlântico Norte: os precedentes e o *stare decisis*. 2.3. A consagração da codificação, da resposta única do direito e a vedação à discricionariedade jurisdicional: muito aquém (no tempo e na teoria) de M. Heidegger e H-G Gadamer. 3. A jurisprudência no contexto da nascente modernidade jurídica: a desconfiança contra a magistratura e a influência do *essencialismo* jurídico.

“É uma verdade que o que faz o Parlamento nenhuma autoridade sobre a Terra pode desfazer.”

Sir. William Blackstone

1. Estado moderno e separação de poderes

“Muitas instituições humanas são o resultado da ação humana, mas não dos desígnios humanos.”

Adam Ferguson

A doutrina da separação ou divisão¹⁶⁰ *de*¹⁶¹ poderes, como estamos habituados a conhecê-la, remonta, como peça literária, a *O Espírito das Leis*¹⁶² (1748), obra maior de Charles Louis de Secondat, *Baron de la Brède et de Montesquieu* (Castelo de *La Brède*, Aquitânia, 18 de janeiro de 1689 – Paris, 10 de fevereiro de 1755), ou, como a história o imortalizou, simplesmente **Montesquieu**. É provável que, nos círculos jurídicos, a seção mais conhecida do livro – e que, inequivocamente, mais influência teve, sob os aspectos teórico e prático, sobre os regi-

160 Para fazer referência a esse arranjo político, utilizaremos, ao longo do texto, por mera questão de estilo (de modo a evitar a exaustiva repetição de um único termo), os vocábulos “divisão”, “repartição”, “separação” e “tripartição”. Estamos convictos, no entanto, de que melhor andaríamos – não fosse essa peculiaridade da língua portuguesa, que, diversamente do idioma inglês, exige, a bem de um estranho conceito de riqueza vernacular, a variação de palavras para designar um mesmo objeto – se nos valêssemos apenas do substantivo “divisão”, que é o que melhor expressa o sentido do sistema de freios e contrapesos descrito pelo Barão de Montesquieu.

161 Preferimos “divisão de poderes” a “divisão dos poderes” porque, segundo antiga, mas atual lição de Thomas Hobbes (Westport, 5 de abril de 1588 – Hardwick Hall, 4 de dezembro 1679), o poder é, em si mesmo, indivisível (além de imprescritível, inalienável e incorruptível): “Em que consiste dividir o poder de um Estado senão em dissolvê-lo, uma vez que os poderes divididos se destroem mutuamente uns aos outros?” (HOBBS, Thomas. *Leviatã* – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2003, p. 238).

162 Cumpre mencionar, por senso de justiça, que Aristóteles, cerca de dois mil anos antes, n’A Política (ARISTÓTELES. *A política*. Bauru: Edipro, 1995), já classificara as funções do Estado em deliberativas, executivas e judiciais, firmando ideias que viriam a encontrar eco no moderno Estado constitucional (“Todas as constituições têm três elementos [...] um delibera sobre os negócios públicos; o segundo concerne à magistratura, tratando da matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la; e o terceiro corresponde ao poder judicante”). Todavia, a distinção aristotélica não incluía a distribuição dessas funções por órgãos ou instituições (realmente, não há, na obra do estagirita, estudos de competência e composição dos poderes).

mes de governo da Europa¹⁶³ e do Novo Mundo¹⁶⁴ – seja o Capítulo IV do Livro XI, *Da Constituição da Inglaterra*, em que, ao descrever o arranjo institucional inglês na primeira metade do século XVIII, pretendeu Montesquieu “receitar uma estrutura de poderes que prevenisse contra o absolutismo”¹⁶⁵.

163 “O princípio da separação dos poderes foi consagrado em todas as constituições dos séculos XVIII e XIX, em obediência ao dogma inscrito no art. 16^o da Declaração dos direitos do homem e do Cidadão de 1789.” (MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. São Paulo: Forense, 2007, p. 61). Coube, porém, à Constituição francesa de 1791 consagrá-lo não apenas no espírito, mas também na técnica do direito público. O teor do omniconhecido art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é o seguinte: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem constituição”. Viesti, autor de Il decreto-legge, citado por José Levi Mello do Amaral Júnior, afirmou, por sua vez: “[o princípio da separação de poderes] foi acolhido por todos os ordenamentos democráticos e representa ainda hoje, não obstante as múltiplas tentativas de eliminá-lo e os claros temperamentos aos quais foi submetido, uma garantia insubstituível para a liberdade dos cidadãos e para o bom funcionamento do aparato estatal (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 40).

164 “Na atualidade, os Estados Unidos exibem esquema institucional que se aproxima da receita de Montesquieu, cuja obra exerceu evidente influência sobre os ‘pais fundadores’ norte-americanos. É expressamente citado no Federalista (ns. 9, 43, 47 e 78). No Federalista n. 47 é chamado de ‘oráculo’ da organização dos poderes.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68). De fato, a Constituição americana da Filadélfia, de 1787, que consolidou a independência dos Estados Unidos, inspirou-se no direito inglês e, sobretudo, nas ideias de Montesquieu. Conquanto o texto não tenha feita menção direta à separação de poderes, enumerou as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, reconhecendo-lhes funções (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 28). Impende destacar, ainda, que, consoante famosa decisão da Suprema Corte norte-americana (Springer vs. Government of the Philippine Islands, 277 U.S., 189, 201, 1928), a doutrina da divisão de poderes, conquanto não expressamente estabelecida na maioria das Constituições estaduais americanas, está implícita em todas elas, como uma conclusão lógica da separação dos três departamentos governamentais (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 28).

165 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis*. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68. Divergimos levemente dessa frase, porquanto o vocábulo “receitar” pode dar a entender que Montesquieu buscou enunciar a divisão de poderes como arranjo teórico, produto da razão, quando, ao contrário, a nosso ver, limitou-se a descrever um modelo que, naqueles idos, se revelava apto à contenção do absolutismo. Acrescemos que Montesquieu não foi propriamente um filósofo em acepção estrita, isto é, um homem dedicado à investigação dos mecanismos pelos quais conhecemos (epistemologia). Seu O espírito das leis é, antes, uma obra de política, assemelhando-se a Alexis de Tocqueville e sua A democracia na América.

Esse ponto é absolutamente relevante para que possamos bem situar e, assim, compreender a natureza e a finalidade *originárias* da divisão de poderes, assim como a forma diversa como se incorporou e, em seguida, desenvolveu entre ingleses e *européus continentais* – além de, obviamente, entre os demais Estados do planisfério. Para tanto, três assentamentos sobre o tema nos parecem necessários, a fim de que tenhamos condições de julgar exitosa a configuração desse marco distintivo: (i) a tripartição de poderes não é, no seu nascedouro, uma construção teórica abstrata¹⁶⁶; (ii) o seu surgimento não se pode dissociar do alvorecer do liberalismo como doutrina política (por oposição, aqui, ao absolutismo); (iii) o seu propósito primevo, entre os ingleses, consistia, diferentemente do que se passou, *verbi gratia*, em França, menos em atribuir a determinados órgãos ou setores do Estado funções exclusivas ou privativas (esse seria o meio), e mais em evitar o abuso do poder estatal (esse seria o fim), por meio de controles recíprocos.

Realmente, a elaboração de Montesquieu acerca da divisão de Poderes do Estado deriva não de uma formulação puramente racional, como seria comum entre os pensadores da Ilustração nos idos do século XVIII, mas, antes, de uma *descrição* do modelo constitucional inglês – a que o autor teve acesso durante viagem àquele país¹⁶⁷ e a

166 Discordamos, nesse particular, de Fabrício Juliano Mendes Medeiros, para quem “o modelo teórico clássico do Estado liberal pretendia romper o sistema jurídico-político antecedente, baseado no Estado absolutista e no sistema feudal. E esse modelo era, de fato, a única solução que poderia ser qualificada como uma ordem política-social [sic] suficientemente apta a romper radicalmente com o antigo regime. Acresça-se que os teóricos desse novel modelo não tinham compromisso com a história nem com a realidade empírica. Mas isso por uma razão óbvia. É que o novo modelo foi baseado e idealizado no plano do dever-ser, no plano normativo. Daí por que o modelo do Estado liberal não pretendia interpretar uma determinada realidade tomada como base, mas sim um modelo normativo da realidade”. (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *Separação dos poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 45, n^o 178, abr.-jun. de 2008, p. 195-205) (Os destaques não pertencem ao original).

167 A propósito disso, Paul de Visscher narra curta, mas informativa passagem da estada de Montesquieu no reino de Inglaterra, dando conta, a um só tempo, da origem histórica da divisão de poderes e da intenção daquele esquema: “Quando visitou o reino da Inglaterra, no ano de 1729, Montesquieu, passeando uma manhã nas ruas da velha Londres, notou um carpinteiro que, numa pausa de seu trabalho, lia a *London Gazette*. Essa constatação lhe inspirou numerosas reflexões sobre a maturidade e a liberdade políticas do povo inglês. Comparada à França, onde o povo era mantido em um estado de ignorância e de semiservidão, onde os súditos do Rei não dispunham nem da liberdade de palavra nem da imprensa, onde o fato de desgostar do Monarca ou de um de seus cortesões fazia um simples cidadão correr o risco

partir da qual formulou o enunciado nos termos do qual há¹⁶⁸, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Há, em cada Estado, três espécies de Poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo

de ser privado da liberdade, a Inglaterra aparecia a Montesquieu como a terra eleita da liberdade. Buscando a causa dessa diferença entre os países, Montesquieu, que havia estudado sumariamente a Constituição inglesa nos escritos de Locke e de Blackstone, constatou que, contrariamente à França, onde todas as funções, legislativa, executiva e judiciária, estavam reunidas nas mãos de um só órgão, o monarca absoluto, na Inglaterra, ao contrário, essas funções se encontravam repartidas entre órgãos diferentes, o Parlamento Legiferante, o Rei Governante e a Corte Julgadora das Contestações com base na regra de direito. Foi nessa divisão de funções de poder entre órgãos diferentes que Montesquieu viu logo a causa da feliz situação do povo inglês, porque, disse ele, essa separação de funções traz obstáculo à tendência natural do homem que o leva instintivamente a abusar do poder que ele detém: ‘todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.’” (VISSCHER, Paul de. *Les nouvelles tendances de la démocratie anglaise: l’expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs*. Paris, Tournai: Casterman, 1947, p. 19) (“Lorsqu’il visita le royaume d’Angleterre au cours de l’année 1729, Montesquieu, flânant un matin dans les rues du vieux Londres, remarqua un charpentier qui, juché au faite d’un toit, lisait le London Gazette. Cette constatation lui inspira de nombreuses réflexions au sujet de la maturité et de la liberté politiques du peuple anglais. Comparée à la France où le peuple était maintenu dans un état d’ignorance et de me servitude, où les sujets du Roi ne disposaient ni de la liberté de parole, ni de la liberté de presse, où le fait de déplaire au Monarque ou à l’un de ses courtisans faisait courir le risque au simple citoyen de se voir privé de sa liberté par l’effet d’une lettre de cachet, l’Angleterre apparut à Montesquieu comme la terre élue de la liberté. Recherchant la cause de cette différence entre les deux pays, Montesquieu, qui avait sommairement étudié la Constitution anglaise dans les écrits de Locke et de Blackstone, constata que, contrairement à la France où toutes les fonctions, législative, exécutive et judiciaire étaient réunies entre les mains d’un seul organe: le monarque absolu, en Angleterre, au contraire, ces fonctions se trouvaient réparties entre organes différents, le Parlement légiférant, le Roi gouvernant et les Cours jugeant les contestations sur base de la règle de droit. C’est dans ce morcellement des fonctions du pouvoir entre organes différents que Montesquieu vit aussitôt la cause de la situation heureuse du peuple anglais, car, dit-il, ce morcellement des fonctions fait obstacle au jeu d’une tendance naturelle chez l’homme qui le pousse instintivement à abusar du pouvoir qu’il détient: «Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abusar: il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites... Pour qu’on ne puisse abusar du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”»). (Tradução livre).

168 Compreendemos essa passagem de O Espírito das Leis (“convém haver três espécies de poderes” – destaque nosso) como uma positiva advertência aos povos interessados em colocar a salvo as garantias individuais.

tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.¹⁶⁹

Esse arranjo edificou-se, entre os ingleses, como uma forma – entre outras – de contenção do absolutismo¹⁷⁰, regime que, concentrando os Poderes do Estado nas mãos do monarca, tendia, naturalmente, a tornar-se fonte de abusos, corrompendo-se em *despotismo*¹⁷¹⁻¹⁷².

169 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 118.

Michel Temer afirma, a esse respeito, que “foi observando as sociedades que os autores verificaram a existência das três funções básicas: uma produtora do ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira, solucionadora de controvérsia. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma visando a executar, a administrar; a dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra, também, aplicando o ato geral, mas com vistas a solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos. Tais funções sempre foram identificáveis em todas as sociedades, especialmente naquela que a doutrina chama de Estado absoluto”. (TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991, p. 116).

170 “O arranjo de poderes constante do Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis* deve ser compreendido no seu respectivo contexto histórico. Isso porque ele cumpriu um propósito específico: prevenir o absolutismo, que fora derrotado nas revoluções liberais.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68).

171 De acordo com Montesquieu, “[...] a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 118).

172 Leomar Barros Amorim Souza, afirma, a esse respeito: “Assim é que, unificado e densificado o poder estatal na pessoa do soberano, torna-se ele incontestável e indene à resistência ou contestação, eis que, estando nele incorporada a ideia de soberania, não é de se exigir dele sequer a prestação de contas aos súditos ou a quem quer que seja, exceto a Deus. Aqui, portanto, está colocado um dos dogmas que sustentou o *absolutismo* (o qual receberá o golpe de misericórdia de outro dogma, o da teoria da separação dos poderes, de Montesquieu): ‘a origem divina do poder’; o rei governa em nome de Deus, por isso, ‘*the king can do not wrong*’. Entretanto, o dogma da origem divina do poder começa a ser posto em crise e vai ensejar a concretização do princípio da separação dos poderes a partir das idéias de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, entre outros, que desenvolvem fecunda argumentação conducente a demonstrar que o poder tem origem popular, e não divina.” (SOUZA, Leomar Barros Amorim. *A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 20-21).

Convém fazer, nesse ponto, um breve esclarecimento. O *liberalismo*¹⁷³, orientação política centrada na defesa das liberdades dos indivíduos contra o Estado, contribuiu para o surgimento de cinco doutrinas de oposição ao absolutismo: (i) a dos direitos naturais¹⁷⁴, ou *jusnaturalismo*, segundo a qual o homem é dotado de direitos que independem de sua participação política e que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado (transposto para o *Continente*, o liberalismo recusará o jusnaturalismo como programa normativo destinado à proteção das liberdades individuais, postulando, em seu lugar, a norma legislada, positiva, fruto da razão e especificamente dedicada à garantia daquelas mesmas liberdades, que passam a ser fixadas em textos constitucionais); (ii) a da necessária *laiscização* do Estado; (iii) a da separação entre sociedade civil e Estado; (iv) a da soberania popular ou *democracia* (representativa, formal e, num primeiro momento, burguesa), cujo fundamento é a participação de todos os súditos na formação da vontade do Estado¹⁷⁵ (o que implica não necessariamente a contenção

173 O *liberalismo político* tem como precursor o inglês John Locke (Wrington, Inglaterra, 29 de agosto de 1632 – Oates, Inglaterra, 28 de outubro de 1704), que descreveu um sistema de separação de poderes antes de Montesquieu, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de 1690 (conquanto o tenha feito, segundo Francisco Sá Filho, sob inspiração do direito holandês – SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado: leituras de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 15). Na edição brasileira utilizada (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998), a separação de poderes se acha elaborada e descrita nos Capítulos IX (*Dos fins da sociedade política e do governo*, p. 494-500), XI (*Da extensão do poder legislativo*, p. 502-514), XII (*Do poder legislativo, executivo e federativo da sociedade política*, p. 514-517), XIII (*Da subordinação dos poderes da sociedade política*, p. 514-528) e XIV (*Da prerrogativa*, p. 528-536). Em Locke, o governo se legitimava pelo *consentimento*, com finalidade e poder limitados, além de divididas as funções estatais em executiva, federativa e legislativa.

174 Essa doutrina vai encontrar novamente em John Locke – principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social – seu expoente maior: O consenso dos governados em face do Estado (ou da autoridade que os governa) é um dos fundamentos da filosofia política de Locke, ao lado do respeito aos direitos naturais à liberdade, à vida e, especialmente, à propriedade privada – com o que influenciou e conferiu fundamento às revoluções liberais (Revolução Inglesa, Revolução Americana e Revolução Francesa, ao menos em sua primeira fase). No Segundo Tratado sobre o Governo Civil, Locke cuidou da justificação e, por assim dizer, da viabilidade do poder do Estado, postulando a igualdade entre os homens e a liberdade de procederem conforme melhor lhes parecesse, desde que não prejudicasse nenhum outro indivíduo.

175 Foi Jean-Jacques Rousseau (Genebra, Suíça, 28 de junho de 1712 – Ermenoville, França, 2 de julho de 1778) – outro nome de relevo na teoria do contrato social – o grande teorizador dessa doutrina filosófico-política. Para Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981), a passagem do estado de natureza para a ordem

do poder, mas, sim, a mudança de seu titular); e, no que particularmente nos interessa, (v) a da divisão de poderes, consoante a qual o meio mais eficiente de controlar o poder do Estado e, assim, garantir a liberdade individual reside na sua repartição em funções¹⁷⁶.

Montesquieu efetivamente afirmou (revelando preferência pelo terceiro mecanismo de contenção do absolutismo) que a liberdade se mostra comprometida nos regimes em que, no mesmo corpo de *magistratura* (entendida como a investidura de função pública), o Poder Legislativo esteja jungido ao Executivo¹⁷⁷, bem como naquel'outros onde

civil, por meio do contrato, decorreria do desejo humano de autoconservação e implicaria a alienação completa e irrestrita (sob pena de continuidade do estado de natureza) de cada associado, juntamente com todos os seus direitos, à comunidade (de modo que a nenhum homem fosse atribuída a condição de superior comum natural). O soberano (ente metafísico não correspondente a nenhum dos órgãos “visíveis” do Estado) não precisaria dar garantias aos súditos, porquanto, sendo formado pela associação de todos os indivíduos, não teria nenhum interesse contra eles. A vontade desse soberano seria a vontade geral (uma vontade de igualdade, fática e jurídica), sempre acertada e tendente ao bem público (essa vontade, no entanto, não correspondia à vontade da maioria, à vontade de todos ou à soma das vontades particulares, que continuavam a existir). Cada cidadão dela participava, mas conservando uma vontade privada, que poderia, inclusive, ser contrária a ela. A alienação total de direitos exigida pelo contrato social resultaria numa completa anulação da liberdade (como concebida no estado de natureza). Rousseau, no entanto, entendia que, embora o pacto conferisse ao corpo político poder absoluto sobre todos os seus membros, havia direitos naturais inalienáveis – o que explicaria, entre outras coisas, porque não tem o soberano (que deve ser entendido como a comunidade em sua capacidade legislativa e administrativa) o direito de impor aos súditos entraves inúteis à comunidade. No Estado, uma nova liberdade surgiria, a liberdade civil, isto é, garantida pela lei e pelo direito e que só poderia ser limitada pela vontade geral em benefício da igualdade (aqui, igualdade jurídica, também resultante do contrato social – mesmo reconhecendo Rousseau que a desigualdade oriunda da propriedade privada permanecia na ordem civil). A liberdade no Estado não se resolveria apenas na possibilidade de realização dos objetivos e interesses particulares, mas também nos interesses e objetivos do corpo político. Vê-se, pois, que o contrato social de Rousseau não apenas objetivava igualar todos os cidadãos, como também fortalecer a liberdade de cada indivíduo, a partir de seus interesses particulares (pois que um dos seus principais propósitos consistia em garantir a segurança e a liberdade de cada indivíduo, ainda que essa última fosse limitada por normas).

176 Realmente, a adoção de alguma forma de divisão de poderes atende à pragmática de se garantir ao indivíduo uma defesa contra o arbítrio de governos monocráticos. A repartição do poder entre órgãos diversos é, inequivocamente, uma forma de assegurar liberdades.

177 “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 119).

não se encontrem divisados os Poderes Judiciário e Legislativo¹⁷⁸. Situação ainda mais grave, registrou, dar-se-ia se o mesmo homem, grupo de homens nobres ou representantes do povo detivessem os três poderes: haveria, então, uma irresistível corrupção à tirania¹⁷⁹.

Essa teria sido a gênese, na Inglaterra, da construção não teórica, mas fático-histórica – remontando aos *old whigs*, na parte final do século XVIII, e alcançando a *Era Gladstone*, no fim do século XIX –, do surgimento de um modelo político inclinado a permitir ao poder reter-se (ou controlar-se) por (a) si próprio, e que tão boa impressão causou em Montesquieu. É desse esquema, em que os poderes se acham divididos, sim, **mas principalmente controlando-se e limitando-se e reciprocamente**, que nos fala *O Espírito das Leis*.

Desembarcando no *Continente*, todavia, a divisão de poderes ganhou feições de arranjo institucional pronto, acabado e, uma vez elaborado pela razão, inflexível (conquanto a história, com o decorrer dos anos, tenha feito reconhecer a necessidade de adaptações circunstanciais ou locais), tendo engessado, por mais de século¹⁸⁰, os poderes do Estado, especialmente o Judiciário, impedido de contribuir para a implementação de mudanças na infraestrutura social¹⁸¹ por meio da formulação do direito no momento de sua aplicação. Essa *concepção continental* da doutrina da divisão de poderes, decorrência da crença numa razão infalível, capaz de organizar a realidade, permitiu ao Parlamento (dotado de uma legitimidade irresistível) o controle linguístico da interpretação – o que significou, afinal, o impedimento da

178 “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 119).

179 “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 119).

180 Na Europa continental, não na Inglaterra ou nos Estados Unidos (neste especialmente, apesar das críticas, como veremos).

181 Lembramos, com apoio em Konrad Hesse, que o direito influi na conformação da infraestrutura social, especialmente quando sua peça maior, a Constituição, é concretizada pelo Poder Judiciário (Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991).

própria interpretação –, mediante o suposto de que a lei, também uma elaboração racional, conseguia fornecer as respostas demandadas pelos casos concretos e de que a norma jurídica positiva possuía *substância ontológica* (revelada apenas no trabalho legislativo).

1.1 Divisão de poderes e flexibilidade: o núcleo irredutível do *arranjo*

Realmente, o que interessava aos ingleses – numa tradição filosófica por assim dizer mais *modesta*¹⁸², do ponto de vista das potencialidades da *razão*, a reunir nomes como David Hume, Thomas Hobbes, John Locke, Adam Smith¹⁸³, Edmund Burke¹⁸⁴ e T. B. Macaulay¹⁸⁵ –, e que Montesquieu procurou levar consigo para a França de seus dias, era não a elaboração de um modelo teórico que rigidamente separasse os poderes em três, mas, sim, e, sobretudo, a consolidação de um esquema prático que permitisse ao poder frear-se a si próprio, salvaguardando as liberdades individuais¹⁸⁶.

182 Uma muito positiva modéstia (por oposição ao caráter pretensioso da razão continental).

183 Embora mais conhecido por sua obra econômica, Adam Smith (Kirkcaldy, 5 de junho de 1723 – Edimburgo, 17 de julho de 1790) deu importante contribuição para os estudos filosóficos da moral, associando-se a David Hume, de quem se tornou amigo.

184 Autor de um tratado sobre a estética (A philosophical inquiry into the origin of our ideas of the sublime and beautiful), Edmund Burke (Dublin, 12 de janeiro de 1729 – Beaconsfield, 9 de julho de 1797) chegou a influenciar o pensamento crítico de Immanuel Kant, que escreveria, sobre o mesmo tema, livro com título semelhante (Observações acerca do sentimento do belo e do sublime).

185 Este mais no campo da política, literatura e história que da filosofia. Como historiador, T. B. Macaulay (Leicestershire, 25 de outubro de 1800 – Londres, 28 de dezembro de 1859) dividiu empiricamente as nações do globo em civilizadas e bárbaras (revelando, como se vê, os problemas da indução).

186 “A união do princípio da separação dos poderes com a idéia de garantir a liberdade individual é obra genuína de Montesquieu.” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 55).

Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas. O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado.¹⁸⁷

[...] seu objetivo principal [da separação de poderes] era político. **Não era tanto aprimorar o funcionamento do poder, mas limitá-lo em sua expansão e garantir o que na época era o valor maior a defender perante e contra o absolutismo do rei: a liberdade do indivíduo.**¹⁸⁸ (grifo nosso).

O essencial, para os ingleses – e, de consequência, para o barão das terras de *la Brède* –, era que as tarefas de *edição* e *execução* das leis estivessem *pessoalmente* separadas, de modo a evitar o *abuso de poder*. Disso decorria a defesa não de uma completa e imutável separação dos órgãos de poder, mas, sim, da existência de mecanismos de balanço e controle mútuo entre os poderes do Estado¹⁸⁹.

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por mútua faculdade de impedir.

187 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

188 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

189 “É a separação de poderes cumulada com o mecanismo de freios e contrapesos. Deve o poder ser partido e dispostas as suas partes de forma que uma parte controle as outras e, assim, todas as partes se controlando entre si, por um mecanismo de equilíbrio recíproco, no todo resulte o poder controlado pelo próprio poder: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Essa teoria reflete o mecanicismo – o determinismo mecanicista – próprio do cientificismo da época, o Século das Luzes [esse *mecanicismo* se aplica à feição *continental* da separação de poderes, não à formulação inglesa]. Desse equilíbrio natural de um poder pelo outro e dos três entre si, resultaria um sistema inercial que, **mecânica e automaticamente**, impediria uma parte do poder de ir contra ou sobre qualquer outra.” (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82). (Os destaques pertencem ao original).

Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo¹⁹⁰.

O gênio de Hans Kelsen viria, dois séculos mais tarde, a compreender o sentido da *tradição insular*, ao afirmar que, “para mantê-lo [o princípio da separação de poderes] na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão ‘divisão de poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos”¹⁹¹⁻¹⁹².

190 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 123.

191 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). In.: *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 152.

192 A esse respeito, absolutamente felizes as observações feitas por José Levi Mello do Amaral Júnior, para quem o modelo clássico, descrito por Montesquieu, não se revela incompatível nem com o sistema parlamentarista nem com a forte atuação do Poder Judiciário verificada na contemporaneidade: “Montesquieu toma por base as instituições inglesas havidas no início do século XVIII. Naquele tempo, eram três os poderes no arranjo institucional inglês (presidencialismo clássico). Porém, já germinavam elementos do parlamentarismo que viria poucas décadas mais tarde, no próprio século XVIII. Alguns desses elementos são referidos por Montesquieu, conquanto o autor de *O espírito das leis* não se aperceba disso (ou não o explicita). [...] [No que concerne aos Estados Unidos,] a mais relevante [distinção em relação ao modelo descrito n’*O espírito das leis*] está no papel do poder judiciário. Diferentemente do modelo de Montesquieu, nos Estados Unidos o poder judiciário não é um poder neutro. Exerce um poder de veto absoluto: a declaração de inconstitucionalidade. Esta mecânica não está em Montesquieu, mas o resultado vai ao encontro da essência de *O espírito das leis*. Isso porque, ao criar mais um elemento de trancamento do poder, radicaliza o modelo de Montesquieu e, com isso, ajuda a realizar o objetivo liberal clássico.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68) (Os destaques não pertencem ao original).

Como vimos no item precedente, no entanto, ao aportar na *Euro-
pa continental* e no *Novo Mundo* (afora os Estados Unidos)¹⁹³, que, a nos-

193 Jorge Miranda, numa leitura acertada da divisão de poderes sob o constitucionalismo norte-americano, afirma que “nos Estados Unidos prevaleceu um sentido coordenador, com relacionamento ou cooperação funcional, de checks and balances e, por isso, se estabeleceram processos complexos de agir e se admitiu, desde o início, o judicial review. Não por acaso tem-se dito que a Constituição de 1787 é a que melhor tem levado à prática a distinção de um pouvoir de statuer e de um pouvoir d’empêcher”. (MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. São Paulo: Forense, 2007, p. 61). De outro lado, Márcia Walquíria Batista dos Santos assevera que “a Constituição [dos Estados Unidos], se, por um lado, foi flexível, admitindo os ‘checks and balances’, por outro, não sustentou o equilíbrio entre os poderes, pois o que se deu foi um fortalecimento extremado do Poder Judiciário”. (SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações*. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, p. 209-218). Entendendo diversamente, Maurice Hariou assentou: “é por um verdadeiro contra-senso que para os Estados Unidos da América o princípio da separação dos poderes seja conduzido a uma separação rígida dos poderes calcada em suas funções, envolvendo cada um dos poderes dentro da função, com a única faculdade de deter e embaraçar os outros poderes, em raras ocasiões e, finalmente, excluindo sua colaboração.” (Apud SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações*. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, p. 209-218). Nesse mesmo sentido, um importante tratado de Direito Constitucional inglês (Wade and Phillips), citado por Bernard Schwartz (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 27-28), consigna que a separação de poderes é praticada nos Estados Unidos, e não na Inglaterra: “é nos Estados Unidos que existe uma divisão real dos poderes entre os três órgãos e se verifica a observância rigorosa da doutrina da separação dos poderes. [...] pode-se, então, afirmar, como uma regra geral inerente ao sistema constitucional americano, que a menos que o contrário seja expressamente estabelecido ou constitua uma cláusula incidental aos poderes conferidos, o Legislativo não pode exercer poder executivo ou judicial; o Executivo não pode exercer poder legislativo ou judicial; o Judiciário não poder exercer poder executivo ou legislativo”. (*Op. cit.*, p. 28). O próprio B. Schwartz, no entanto, corrigindo (segundo nos parece) esse entendimento, ensina que “é um erro pensar que tal doutrina [da divisão de poderes] divide o Governo americano em três compartimentos estanques. ‘Se compulsarmos as Constituições dos vários estados’, escreve James Madison em *The Federalist*, ‘verificaremos que apesar dos termos enfáticos e, em alguns casos, incondicionais em que o axioma foi posto, não há um único exemplo em que os vários ramos do poder fossem mantidos de maneira absolutamente separada e distinta” (*Op. cit.*, p. 28). E prossegue: “Reconhece-se, naturalmente, que no sistema americano há limites que não podem ser ultrapassados. Certos poderes pertencem claramente a um dos ramos do Governo. Assim, o Executivo não pode exercer autoridade legislativa, na ausência de delegação legislativa válida, pois o poder de fazer as leis é uma função atribuída exclusivamente ao Legislativo”. (*Op. cit.*, p. 28). A revelar o quanto a questão não apresenta respostas fáceis e unívocas, B. Schwartz escreve: “O que acabamos de expor demonstra claramente que há uma separação dos poderes, entre o Legislativo e o Executivo, nos Estados Unidos, até um ponto totalmente estranho à estrutura governamental inglesa. [...] Na América, o Congresso e o Presidente são basicamente independentes um do outro. [...] A autonomia dos dois órgãos governamentais, na América, torna quase impossível conseguir a cooperação constante entre o Legislativo e o Executivo, da qual depende o funcionamento do sistema inglês”. (*Op. cit.*, p. 34).

so juízo, seguem, se bem que com diferenças marcantes, especialmente no que concerne à *supremacia do Legislativo*¹⁹⁴, a tradição inglesa), esse constructo assumiu, bem como o próprio liberalismo – na forma que lhe deram Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville, Immanuel Kant¹⁹⁵ e Wilhelm von Humboldt¹⁹⁶ –, feições diversas, privilegiando mais o aspecto orgânico, isto é, a separação formal das funções estatais, que a *finalidade* de tal partição. A esse propósito, Jorge Miranda registrou:

Na França, em especial nas Constituições de 1791 e de 1795 (do ano III), pareceu prevalecer uma visão mecanicista, de apertada distribuição de poderes pelos diversos órgãos e, ao longo de todas as Constituições até hoje, sempre, em nome da separação de poderes, se tem recusado aos tribunais a fiscalização da constitucionalidade das leis.¹⁹⁷

Realmente, o liberalismo e a separação de poderes *à moda continental*, ainda que sejam, de início, uma tentativa de mimetizar a tradição inglesa, dela se distanciaram, ao interpretarem aquela orientação e aquele sistema político sob o espírito de um *racionalismo analítico e construtivista*, passando, por fim, em lugar de defender, como objetivo

194 Em lugar dessa, o que parece ter-se dado nos Estados Unidos foi, como teremos ocasião de apreciar, uma hipertrofia do Poder Judiciário. Com efeito, o falecido juiz Jackson, lembrado pelo professor britânico A. L. Goodhart (apresentação a SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 10), afirmou, sobre o sistema americano, que ele é, em grande parte, “governo pela ação judicial”. Bernard Schwartz, nessa mesma obra, recorda que “o êxito do Judiciário nos Estados Unidos em avocar o poder de revisão [dos atos legislativos] é que tem impedido que vingue nesse país a doutrina da supremacia parlamentar e que tem contribuído para tornar o seu sistema constitucional tão diferente do predominante na Inglaterra. A doutrina da supremacia parlamentar, em que se baseia o Direito Constitucional inglês, não se coaduna com a separação dos poderes estabelecida pela Constituição americana”. (*Op. cit.*, p. 27).

195 Conferir a nota de rodapé nº 138.

196 Se nos fosse dada a tarefa de resumir o modo como o liberalismo foi concebido por Benjamin Constant (Lausane, 25 de outubro de 1767 – Paris, 8 de dezembro de 1830), Alexis de Tocqueville (Paris, 29 de julho de 1805 – Cannes, 16 de abril de 1859), Immanuel Kant e Wilhelm von Humboldt (Postdam, 22 de junho de 1767 – Berlim, 8 de abril de 1835), diríamos que o aspecto que os ata é a crença de que a posse de liberdades civis e a proteção contra o excesso de interferência estatal reside na autoridade da lei, resultado da vontade popular debatida no Parlamento.

197 MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. São Paulo: Forense, 2007, p. 61.

precípuo, limitações aos poderes do Estado (ou do Governo¹⁹⁸, conforme preferamos), a advogar o ideal dos poderes ilimitados da maioria¹⁹⁹.

O *racionalismo europeu* de influência francesa, de fato, conduzia ao tratamento de todos os objetos e fenômenos culturais como produto de desígnio deliberado da razão, postulando a possibilidade de (re) construção de todas as instituições humanas como parte de um plano preconcebido. Desprezava a *tradição*²⁰⁰⁻²⁰¹, por acreditar que somente a razão seria capaz de organizar a civilização, provando a deseabilidade de arranjos concretos.

O racionalismo, o liberalismo e, por consequência, o regime inglês de divisão de poderes, de sua parte, assentavam-se, como permitimos entrever, em bases filosóficas distintas, fundando-se em uma visão introspectiva dos limites dos poderes do raciocínio humano²⁰². Não havendo possibilidade de reconstrução racional e completa das instituições, esse racionalismo reverenciava a tradição e admitia que o *conhecimento* da civilização dela derivava. Cuidava-se, enfim, de um credo modesto, confiante na *abstração* e na *indução* (que partia de

198 Ao longo do presente texto, utilizaremos, por vezes, o vocábulo “Governo” para fazer referência ao Poder Executivo. Permitimo-nos essa liberalidade por não nos dedicarmos, com especialidade, ao exame do sistema parlamentarista, em que aquele Poder se acha cindido entre “chefia de Estado” e “chefia de Governo”.

199 A propósito, a tradição liberal continental, seguida por Voltaire, Rousseau, Condorcet e pela Revolução Francesa, tornou-se ancestral do socialismo moderno. F. A. Hayek lembra que, por paradoxal que possa parecer, o utilitarismo assimilou grande parte dessa tradição continental e que o partido liberal britânico do fim do século XIX (que resultou de uma fusão dos whigs liberais com os radicais utilitaristas) também é produto dessa mistura. (HAYEK, F. A. Os princípios de uma ordem social liberal. In.: CRESPIGNY, A. & CRONIN, J., Editores, Ideologias políticas. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 48).

200 O racionalismo e o liberalismo franceses, ao contrário daqueles florescentes na Inglaterra, sempre estiveram em oposição e conflito constante, por exemplo, com as religiões organizadas.

201 É conhecida, a esse respeito, a afirmação de Voltaire: “Se quereis ter boas leis, queimai as que tendes e fazei novas.” Conferir, a propósito, HAYEK, F. A. Os princípios de uma ordem social liberal. In.: CRESPIGNY, A. & CRONIN, J. (editores), Ideologias políticas. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 48.

202 Cf., em especial: HUMÉ, David. Investigações acerca do entendimento humano. Tradução integral, notas e glossário de Anoar Aiex. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972. E, entre os filósofos do Continente, KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008; KANT, Immanuel. Princípios metafísicos da ciência da natureza. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990; KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

elementos da realidade) como o único meio disponível para expandir os poderes limitados da razão. *Liberalismo e repartição de poderes* decorriam, nesse sentido, da descoberta de uma ordem autogerada ou espontânea²⁰³ nos assuntos políticos, jurídicos e sociais.

É essa a distinção que nos parece fundamental entre os modelos *inglês* – descrito por Montesquieu – e *européu continental* (que acabou por prevalecer no restante do globo) de divisão de poderes: por um lado, o esquema original, não resultante de uma construção teórica, mas do desejo libertário de realizar a contenção do poder do Estado e proteger as liberdades individuais, baseado na pura desconfiança contra os governantes²⁰⁴ (relembremos a lição de Montesquieu, segundo a qual “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”²⁰⁵); por outro, a tradição francesa, mais interessada no modelo teórico e abstrato conducente a conferir a determinado *poder* certas atribuições e prerrogativas. O primeiro, amigo de atualizações baseadas na realidade e mais apto a permitir regimes de cooperação ou colaboração²⁰⁶ entre os poderes (especialmente o Legislativo e o Executivo); o segundo, mais inflexível e insensível às mutações dadas no plano da realidade sociopolítica.

A consideração dessas diferenças facilitará a compreensão de como se processou – com maior ou menor nível de tensão e resistência – a in-

203 Assim é que Adam Smith, ao tentar explicitar os princípios de uma ordem já existente, embora imperfeita, desenvolveu os preceitos básicos do liberalismo, com o intuito de demonstrar, indutivamente, a sua aplicabilidade geral. Tais ideias não foram bem entendidas até mesmo na Inglaterra, ainda mais quando recordamos que Jeremy Bentham (e outros utilitaristas) substituiu a tradição legal inglesa por um utilitarismo construtivista, derivado mais do racionalismo continental do que da concepção evolucionária da escola britânica.

204 Somente depois que se notou que a maior liberdade pessoal gozada pelos ingleses no século XVIII produzira uma prosperidade material sem precedentes foi que se tentou desenvolver uma teoria sistemática do liberalismo – tentativas que, na Inglaterra, nunca foram longe, ao contrário das formulações continentais, que acabaram por modificar o sentido da tradição inglesa.

205 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 118.

206 “É bem verdade que a sua teoria [de Montesquieu] não é rígida nem absoluta, e a separação a que se refere comporta a interpenetração das funções políticas. Admite Montesquieu a ‘colaboração’ entre os poderes.” (SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações*. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, p. 209-218).

corporação de novos instrumentos de ação estatal (executivos e judiciários) e meios de interação entre os poderes nos países das duas tradições.

1.2 Os direitos e garantias da primeira geração constitucional e a função da norma jurídica: proteção da liberdade individual e garantia da igualdade formal

Embora a formulação inglesa, como, a custo, procuramos deixar claro, não tenha tido o intento de estabelecer a mais rígida e formal divisão entre os poderes, buscando, antes, a instituição de mecanismos de controle do poder, é certo que o resultado ao final obtido acabou por se conformar, à perfeição, com os desígnios dos nascentes *Estado liberal* e *Estado de Direito continentais*, servindo bem ao escopo de conter, por via do sistema jurídico organizado, os excessos cometidos pelo rei contra as liberdades individuais.

Isso se pode explicar de algumas formas. Por *primeiro*, é preciso recordar que, após séculos de opressão praticada pelo Estado absolutista e pelo sistema feudal, buscavam os indivíduos, primordialmente, proteger a sua autonomia contra os abusos a que, historicamente, haviam sido submetidos. Era preciso salvaguardar os seus interesses, para o que a repartição de poderes – no seio da qual um poder obstruía a atuação de outro – desempenhava importante papel. Por *segundo*, os direitos e garantias perseguidos por aqueles cidadãos eram, em essência, *negativos*, exigindo não a presença, mas, sim, o afastamento do Estado da vida privada. Nesse sentido, os Poderes Executivo – aquele cuja manifestação mais se fazia (e ainda se faz) sentir – e Judiciário deveriam, para atuar, observar os comandos normativos genéricos – de caráter protetivo – estabelecidos pelo Poder Legislativo, não lhes sendo deferida a tarefa de *criar* o direito²⁰⁷⁻²⁰⁸.

207 “Com efeito, as revoluções liberais foram precisamente reações contra monarcas que se pretenderam absolutos e detentores não de um poder de simplesmente proclamar o direito já praticado nas instituições e na sociedade, mas, sim, de criar – constituir *ex novo* – direito até então por essas desconhecido.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68).

208 Nem mesmo, de início, sob delegação. Vale anotar, nesse particular, que Montesquieu negara ao Poder Executivo – ao rei – mesmo a iniciativa legislativa, isto é, a possibilidade de deflagrar o processo legislativo.

Nesse cenário, dois pilares se consolidam como marco do que se convencionou chamar Estado de Direito (continental, romanista): a precedência da *lei formal* no sistema normativo – alçada à condição de principal fonte de direitos e obrigações – e a *supremacia do Legislativo* na tarefa de confeccioná-la.

Não sendo finalidade deste brevíssimo estudo analisar a natureza e o conceito de *lei* – que tomaremos, **neste ponto**, como a norma geral, vinculante e abstrata resultante do exercício da vontade geral²⁰⁹ e fundada na razão²¹⁰ –, procuraremos enfatizar que foram a sua *estabilidade e univocidade semântica*, pressupostas e inatas (partindo do suposto de um direito ontologizado), que caracterizaram, numa visão *romantizada* (isto é, despida do subjacente e ancestral embate pelo monopólio político-ideológico entre os ramos do Estado), o regime de trabalho do Legislativo durante o Estado liberal: nascendo para, em tese, se perenizar, a lei devia resultar de cauteloso e acurado – e, porque não dizer?, *moroso* – processo reflexivo por parte do legislador, que, parcimonioso, não deveria intervir no plano jurídico a esmo, de modo açodado, casuísta ou, principalmente, desnecessário (afinal de contas, os nascentes mercados econômicos careciam de estabilidade e previsibilidade jurídicas). Destinando-se a conformar condutas, criar direitos, estabelecer obrigações, firmar conceitos e, principalmente, a restringir a liberdade individual – nos casos admitidos –, não podia a lei se converter em instrumento de governo, isto é, em mecanismo de atuação governamental.

Obviamente, para ser assim obedecida, naturalmente, sem constrangimentos, a lei posta no sistema [havia] de ser uma expressão

209 Sobre o conceito de vontade geral, recomendamos a leitura da nota de rodapé nº 175. No Capítulo V (especialmente os itens 4 e 5) deste texto, ao tratarmos da limitação de função majoritária ao Poder Judiciário, tornaremos a essa discussão.

210 Esse, podemos assim chamá-lo, é o conceito iluminista-continental de “lei”, que decorre da convergência dos pensamentos de Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Para Rousseau, a lei é expressão da “vontade geral” (que não se confundia com a “vontade de todos”); para Kant, a lei é vontade racional, na medida em que encontra na razão o seu fundamento e essência. Já segundo Montesquieu, “a lei deve obrigatoriamente advir de um consenso, porquanto é ela – e só ela – quem pode limitar a liberdade do indivíduo”. (MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação dos poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 45, nº 178, abr.-jun. de 2008, p. 195-205). Segundo a tradição do iluminismo inglês, teríamos que asseverar, como corretamente pontuou o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a lei não é criada, sendo, no máximo, descoberta pela razão: “[...] Não é, portanto, o legislador verdadeiramente criador da lei; mais correto será considerá-lo, à luz do pensamento de Montesquieu, mero descobridor da lei.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46).

natural da sociedade, que não a violenta por ingerências indevidas e artificiais, nascidas da mera intervenção ou invenção dos homens. [Havia] de ser uma lei natural, decorrente da natureza das coisas sociais, nascida da própria sociedade, ainda quando formulada por um poder legislador exercido por alguns em nome de todos.²¹¹

Nesse cenário, “o papel do órgão executivo [ficaria] adstrito à solução [dos] casos [concretos], mas sempre mediante a aplicação dos critérios previamente estabelecidos em lei”²¹²⁻²¹³. Já ao Judiciário, segundo Sérgio Resende de Barros, “[incumbiria], apenas, o zelo pela boa aplicação dessas fórmulas [descobertas pelo legislativo] em situações litigiosas.”²¹⁴. Realmente, vocacionada, segundo concepção daqueles tempos, para uma *única interpretação correta*, o juiz deveria operar, na conhecida manifestação de Montesquieu, como “*la bouche de la loi*”, impondo-a às partes sem nela interferir²¹⁵, seja para moderar-lhe a força ou o rigor. Vedada estava, com efeito, a interpretação que não buscasse, por critérios lógicos, gramaticais ou filológicos, a obtenção de sua *intenção original*.

Assim entendida a lei e o seu propósito (proteger o indivíduo²¹⁶), importa consignar que, no contexto do Estado liberal, a principal ma-

211 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

212 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação dos poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 45, nº 178, abr.-jun. de 2008, p. 195-205.

213 “O poder executivo, fazendo parte do legislativo apenas pela sua faculdade de impedir, não poderia participar dos debates das questões públicas. Não é mesmo necessário que as propostas partam dele porque, podendo sempre desaprovar as resoluções, pode rejeitar as decisões das proposições que desejaria não fossem feitas.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 123).

214 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

215 Embora não tenha postulado expressamente a supremacia do Legislativo (ao contrário), Montesquieu imaginou um Judiciário nulificado, sem o poder político detido pelo Parlamento ou mesmo pelo Executivo (resultado da desconfiança contra a aristocrática classe da magistratura, conforme veremos).

216 “É esse princípio [a soberania da lei], em essência, que protege o indivíduo, sendo possível afirmar que não há, não pode e não deve haver qualquer exceção. O Estado que não reconhece isso ou o faz com reservas e exceções não vive realmente sob a soberania da lei.” (DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *Traité de droit constitutionnel*. 3º ed., 4 Vol., Vol. III, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930, p. 732). “C’est le principe essentiellement protecteur de l’individu, et l’on peut dire qu’il n’a pas, qu’il ne peut pas, qu’il n doit pas recevoir d’exception.” (Tradução livre).

nifestação do poder soberano era, de fato, a produção legislativa, tornando, a um só tempo, o Legislativo o poder entre os poderes²¹⁷ (por deter o monopólio da decisão político-ideológica encartada na lei formal) e o Estado um *Estado jurídico formal* – ou, como adiantamos, um “Estado de direito”, com suas funções determinadas, quase que completamente, a partir da legislação – e, importante registrar, *inerte*²¹⁸.

Dessa *soberania do Parlamento* – princípio ainda hoje caro entre os ingleses – decorria não apenas a objeção a qualquer espécie de interferência nos trabalhos do legislador, mas também, e especialmente, a impossibilidade de delegação da tarefa de elaborar a lei a outro órgão estatal, sob pena, na feição continental, de vulneração da divisão de poderes²¹⁹.

Ninguém poderá recusar, com firmes argumentos, a importância de uma rígida repartição de poderes nesse momento histórico. Era o mecanismo possível, numa época em que a sociedade se achava dividida em estamentos, para postular e consolidar (por meio da norma parlamentar) a igualdade jurídica (e formal) dos indivíduos, de um lado, e as liberdades privadas, de outro, contra o Estado – então a serviço da nobreza e do clero.

Não por outra razão, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, associando um *limite interno* à ação do Estado, a divisão de poderes, a um *limite externo*, os direitos fundamentais (*aquela*

217 Como John Locke o havia postulado e como se consolidou na Inglaterra. Para Locke, competia ao legislador a tarefa de distribuir justiça e resolver sobre os direitos postulados por meio das leis promulgadas, reconhecendo e autorizando juízes.

218 Para José Lei Mello do Amaral Júnior, o propósito era a constituição de um aparato estatal inerte, “cujo poder somente surtiria efeito se acaso fosse alcançado acordo entre os poderes que o compõem”. (Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. In Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68). Vale rememorar: “[...] O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo Poder Executivo, que o será, por sua vez, pelo Poder Legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 123).

219 No Segundo tratado sobre o governo civil, porém, John Locke, ao tratar do poder executivo, autorizava-lhe, diferentemente de Montesquieu, não apenas a aplicação das leis. Para o bem da sociedade, seria conveniente que o seu titular possuísse certa liberdade de decidir, podendo suprir as omissões da lei, temperar a sua rigidez ou adaptá-la às circunstâncias. Essa liberdade de ação inerente ao exercente do poder executivo foi denominada prerrogativa (Dois tratados sobre o governo. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, II, §§ 159-168).

assegurando o exercício *destes*), viria declarar, no art. 16, que só se pode falar em *Constituição* nas sociedades onde assegurada a garantia dos direitos e estabelecida a separação de poderes.

Em resumo, no contexto do Liberalismo *de primeira hora*, a rigorosa separação de poderes (constructo da tradição continental), a supremacia do Legislativo – exclusivo encarregado da confecção da lei – e os direitos e liberdades fundamentais negativos ensejaram uma desejada *inércia estatal*, permitindo o funcionamento espontâneo do mercado e o bem-estar da sociedade civil. Facultar aos demais poderes, especialmente ao Judiciário, interferir no processo de elaboração normativa significaria, do ponto de vista político, legitimar para o debate atores do *ancién regimen*, os juízes, introduzindo, sob o aspecto epistêmico, um componente de (suposta) *irracionalidade* no direito: a multiplicidade de significados a partir de um mesmo símbolo linguístico.

2. O mundo jurídico realizado pela Modernidade: a supremacia do discurso legislativo, a pretensão de inequívocidade da norma legislada e o controle linguístico e a *priori* da interpretação: a promessa da decisão judicial democrática

“O poder de controle [na Era Tradicional] estava limitado a ‘casos e ‘controvérsias’ [e] não tinha o papel de fazer investigações de atos legislativos e anular os que fossem inconstitucionais.”

Christopher Wolfe

Não obstante, como teremos ocasião de apreciar, esteja em curso, em âmbito mundial, um processo de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos²²⁰ e conseqüente sincretismo entre os grandes sistemas de direito – o da *civil law*, centrado na estabilidade jurídica conferida pela lei, e o da *common law*, lastreado na autoridade do precedente –, é certo que, no contexto do nascente Estado moderno (um Estado, num primeiro momento, liberal e racional), o pronunciamento normativo

220 Cf., a respeito, DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: DANTAS, Bruno et alii. Organizadores. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31.

do Parlamento, por meio da edição da lei formal, pretendeu *calar* o processo interpretativo (e, também, a argumentação retórica), convertendo o magistrado num autômato dedicado a fazer subsumir os casos concretos às fórmulas legislativas, com interferência nula ou mínima em seu conteúdo, prévia e definitivamente fixado pelo legislador no texto escrito e apenas explicitado na sentença mediante aplicação de axiomas lógicos.

Tratava-se de um ambicioso projeto, que objetivava transformar a realidade (que Ferdinand Lassale²²¹ chamou de “infraestrutura”) com base na positividade da razão e no institucionalismo por ela engendrado. Tal razão já lograra dar organicidade e positividade, na Europa continental, às noções de repartição de poderes, direitos e garantias individuais, igualdade formal e Estado de direito; pretender um ordenamento jurídico açambarcante da totalidade, com fórmulas escritas estáveis, unívocas e unidirecionais, que conferissem estabilidade e segurança jurídicas aos indivíduos e aos mercados, era consequência absolutamente lógica de sua suposta potencialidade.

Nesse cenário, os magistrados davam corpo – sentimo-nos autorizados a dizer – a um poder secundário, *inferior*, jungido por disposições normativas e signos linguísticos preestabelecidos, em regime de monopólio, pelos detentores do poder político (ainda não completamente divisados dos detentores do poder econômico, a burguesia), sendo pretensamente reduzido o conteúdo ideológico do direito²²².

No mundo da práxis, o monopólio do Legislativo e a exclusão do Judiciário da tarefa de confecção (ou mesmo de fixação de contornos) da norma jurídica se justificavam com base no argumento de que era aquele, e não este, o Poder a reunir **legitimidade** e **condições** de declarar ou explicitar o direito, “entendido como a concepção do justo havido no seio das instituições e da sociedade”²²³, fazendo-o democra-

221 Cf. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 (versão digital gratuita disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>).

222 O que constituía uma violência contra o direito, que “sempre foi uma instância simbólica do político”. (BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 59).

223 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68.

ticamente (a democracia formal decorrente da composição do Parlamento passaria, como herdade, para as leis por ele estabelecidas). Fosse a lei expressão de uma ordem espontânea da sociedade (como pensavam os racionalistas ingleses) ou uma ferramenta de modelagem do real (como imaginavam os racionalistas continentais), era o Parlamento que podia *desvelá-la*, num caso, ou *criá-la*, no outro.

[...] também ele [o Poder Legislativo] é impelido pelo *movimento necessário das coisas*, de sorte que lhe [competiria] apenas formular racionalmente, por formas mais precisas, articuladas e claras, as leis que – na definição que abre *Do espírito das leis – são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas*. [...] Sua função [era], **com superior sensibilidade política**, captar e entender, revelar e formular racionalmente essas leis naturais, traduzindo-as em normas de dever humano, para melhor serem observadas e para prevenir ou punir as infrações, que mais não são que desvios ou abusos das leis naturais pelos homens. Como o cientista no laboratório (lembre-se: a época era do cientificismo), o legislador não [criava] as leis, mas apenas as [revelava] em fórmulas, para que [fossem] bem compreendidas e praticadas na sua integridade, no seu concerto natural, evitando a desintegração da natureza e da sociedade dos seres humanos. **Eis aí a função legislativa clássica, afeita ao liberalismo da primeira hora, revolucionário.** Em suma, entre todos os poderes que são forçados a agir pelo movimento natural das coisas, **[destacava-se] o Legislativo para captar em fórmulas racionais as leis naturais da sociedade** – e não outras que o arbítrio do governante [inventasse] por absolutismo desligado de qualquer lei (*rex absolutus lege*).²²⁴ (grifo nosso).

Obviamente, num mundo menos complexo, a suposição de leis estáveis, completas e perenes, capazes de prever muitas das situações de conflito derivadas das ações humanas, pôde alicerçar, por mais de uma década (até o surgimento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América²²⁵), a possibilidade *numênica* desse legislador onisciente e onipotente, a afastar o Judiciário da cena política, uma vez considerada desnecessária a interpretação judicial.

224 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

225 Ao qual teremos oportunidade de fazer referência.

No entanto, por detrás desse suposto e privilegiado acesso do Parlamento ao *mundo das fórmulas jurídicas*, havia um *embate* pelo poder de criar direitos e obrigações, organizar a sociedade, delimitar a atuação do Estado, as funções do governo e organizar a política e os mercados. Na *Era do Legislativo*, os derrotados foram o Executivo, o Judiciário e a hermenêutica, diante do *controle parlamentar linguístico e apriorístico* do processo interpretativo.

2.1 A fonte primordial do direito no sistema da “moderna” *civil law*: a lei, sua natureza e seus atributos

No processo de consolidação do Estado moderno-liberal continental, centrado na supremacia do Poder Legislativo, era preciso estabelecer um instrumento que, a um só tempo, lhe afirmasse a autoridade e reconhecesse a legitimidade exclusiva para confeccioná-lo. Diferentemente do que passou em solo britânico, a sistematização do Direito na Europa continental deu-se por meio de “uma compartimentação léxica que elevou o instrumento legal a um patamar inalcançável às demais esferas do poder estatal [...]”²²⁶. Como os itens precedentes já revelaram, estamos a tratar do *império da lei*, alçada, nos sistemas de tradição civilista, à condição de senão única, principal fonte geradora de direitos e obrigações²²⁷.

A lei, naquele contexto, era entendida como consequência natural e necessária do monopólio vincutivo atribuído ao Poder Legislativo, arrogando para si mesma superioridade, objetividade e capacidade reguladora sobre as fontes sociotradicionais (costumes) ou espontâneas (contratos) do direito e reduzindo os atores capazes de lhe fixarem o sentido (bem como a própria capacidade cognitiva desses atores), com o que proporcionava a todos *segurança jurídica*²²⁸.

226 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 18.

227 De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 228), considerando que o objetivo central de uma teoria das fontes do direito é, em última análise, propiciar segurança jurídica, é natural que, em uma classificação das fontes, aquelas associadas à produção estatal do direito tenham prioridade, pois têm mais objetividade. Em um segundo nível, de menor objetividade, vêm os costumes e a jurisprudência, seguidos, ao final, por aquelas próprias da atividade privada, como os contratos e atos negociais em geral.

228 Que, nesse sentido, opõe-se ao valor *liberdade*.

Descoberta pelo Legislativo ou por ele *racionalizada*, a *lei*, contribuindo para a fundação da Modernidade, substituiu em definitivo o uso de normas costumeiras, muitas vezes pontuais e localizadas, formulários romanos, éditos reais e, claro, do direito canônico, concentrando o poder normatizador, de uma vez por todas, na figura do Estado. John Locke chegou mesmo a afirmar que a liberdade consistia em estar o indivíduo submetido, sob o aspecto jurídico, apenas às leis promulgadas pelo Legislativo, conforme o propósito de que fora incumbido²²⁹. Expressão da *vontade geral*, na concepção de Jean-Jacques Rousseau, a lei seria a garantidora da *liberdade civil*, que só poderia ser limitada por aquela vontade em benefício da igualdade *jurídica*²³⁰ (também um produto do contrato social), sobrepondo-se a qualquer costume, por mais tradicional que se revelasse.

A primazia da lei obscureceu mesmo o caráter normativo das Constituições, em relação às quais, por décadas, se controverteu acerca de uma normatividade imanente²³¹, bem como de sua aplicabilidade imediata, como se não constituíssem mais que *declarações de princípios*. À falta, inicialmente, de um sistema de controle de constitucionalidade das leis (que afirmasse a preponderância de *escolhas normativas originárias, fundamentais*), lei e Constituição foram tratadas com semelhante *status*.

Importa perguntar: instaurada a Modernidade, que atributos deveria possuir uma lei? Formalmente, positividade, isto é, a característica de achar-se estabelecida em texto normativo (diferenciando-se, assim, da lei natural, dos costumes, das tradições e convenções) decorrente de um ato de decisão do Estado (o ato legislativo), a conferir-lhe corpo e conformação linguística, tornando-a, assim, um fato institucional. Em segundo lugar, generalidade, ou seja, a qualidade de destinar-

229 LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 381-382.

230 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981, 31-32.

231 Isto é, independente do afazer do legislador ordinário. Com efeito, sob o liberalismo, “a Constituição era considerada documento estritamente político. Cuidava só da relação básica de governo, entre governantes e governados. Para aqueles, estabelecia a separação de poderes e, para estes diante daqueles, a declaração de direitos. Esses dois mecanismos – um, interno, posto no âmago do poder e o outro, externo, apostado ao exercício do poder – eram havidos como os necessários e suficientes para conter o poder do rei e garantir a liberdade do indivíduo”. (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo*, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82).

se a, potencialmente, todos²³² os membros da comunidade estabelecida sob o Estado (uma decorrência clara do princípio da igualdade formal, bastante caro à Modernidade-Liberal), servindo, assim, como instrumento de proteção²³³ das minorias (que se achavam jungidas pela mesma norma imposta à maioria). Em terceiro lugar, abstração²³⁴, vale dizer, a ausência de vinculação a casos ou situações concretos e específicos (trata-se de um consectário de sua pretensa perenidade, porquanto, nascida para viger indefinidamente, deveria a lei poder ser aplicada em momentos e circunstâncias variados no tempo). Em quarto, originalidade, a capacidade de inovar a ordem jurídica por meio da atribuição de direitos ou criação de obrigações não estabelecidos (partindo ou não da densificação legislativa de normas constitucionais). Por derradeiro, coercibilidade, no mínimo mediata (isto é, com recurso a outras normas do ordenamento), característica que lhe garantiria respeito e cumprimento (a novidade, aqui, não é a coerção em si mesma – pois presente em formas jurídicas anteriores ao Estado moderno –, mas a circunstância de estar legalmente regulada, limitando o poder sancionador estatal).

Esses atributos, no entanto, acabaram pôr fazer ruir a pretensão iluminista-moderna de inequívocidade da norma jurídica e exclusão do Judiciário da tarefa de interferir em seu conteúdo e contornos. A positividade porque, após o advento do controle de constitucionalidade, a então aclamada redução da lei a escrito permitiu a sua confrontação direta com o texto da Constituição. Além disso, a linguagem jurídica (subespécie da linguagem comum) jamais conseguiu isentar-se de imprecisões, vaguidades, porosidades, ambiguidades e plurissignificações, tornando impossível a confecção de fórmulas de sentido absolutamente unívoco, a dispensarem mediação hermenêutica. Desarte, embora a escrituração e publicidade das normas jurídicas mo-

232 As normas jurídicas do Antigo Regime não apresentavam esse predicado. Como o direito não apenas reconhecia, mas legitimava uma organização social estamental, cada classe se regia por estatutos específicos (do que decorria que apenas a nobreza podia adquirir propriedades rurais, somente o clero fosse isento de deveres militares e os tributos ficassem à conta exclusiva do povo – um dos fatores que desataram a Revolução Francesa, que pode ser vista como uma “revolta tributária”). Ademais, o Rei, nos regimes absolutistas, achava-se acima da lei, livre das limitações impostas ao homem comum.

233 O equívoco dessa suposição se revelará na tensão entre o majoritarismo democrático e o contramajoritarismo judicial, sobre a qual discorreremos no Capítulo V.

234 Ainda não a abstração característica dos princípios constitucionais, que os tornam estruturalmente diferentes das regras.

deras tenham reduzido a incerteza interpretativa quanto ao ponto de partida, a mesma afirmação não se pode produzir quanto ao ponto de chegada. Finalmente, porque, mesmo aprovada por um ato de Estado e respeitado o procedimento, a efetividade (eficácia social) de uma norma revela-se, a despeito de sua coercibilidade, condicionada ao assentimento dos destinatários (sob pena de converter-se em letra morta) – constatação que, posteriormente, abriria um enorme leque de trabalho em favor do Poder Judiciário, que passaria a apreciar a norma à luz de princípios como razoabilidade e proporcionalidade (não sem excessos, como veremos).

A generalidade, de sua parte, porque cedo se verificou que mesmo as normas jurídicas da Modernidade não eram todas normas gerais. Realmente, desde o princípio houve leis discriminando, positiva ou negativamente, certos grupos sociais (as mulheres e os pobres em matéria eleitoral, os deficientes em legislações trabalhistas esparsas, por exemplo). E, ainda que assim não fosse, a insuficiência do ideal normativo da igualdade formal, tão atraente num primeiro momento, acabou, no contexto do sistema econômico que se consolidava, o capitalismo, por produzir injustiças tão graves quanto aquelas contra as quais se havia insurgido o Estado moderno-liberal. Minorias e grupos marginalizados que não encontravam proteção sob leis gerais tiveram que buscá-la, num segundo momento, junto ao Poder Judiciário (especialmente com o advento da segunda geração de direitos constitucionais, de prestação) para corrigir ou eliminar discriminações.

A abstração pela simples constatação de que, quanto mais etérea fosse a norma, o que é essencial à sua perenidade, maior era a dúvida acerca de sua adequação ou não ao caso. Com isso, ficou criado o problema da subsunção: se uma dada lei, editada quando os meios de transporte eram apenas carruagens e cavalos, estabelecia que o trânsito deles em certa avenida ou praça era vedado, aplicar-se-ia também aos automóveis? A mediação interpretativa tornou-se inderrogável.

Apesar dessas deficiências, os atributos da norma jurídica moderna se veem, contemporaneamente, absorvidos e incorporados pelo Poder Judiciário por via de certos instrumentos e técnicas decisórios, especialmente na seara da jurisdição constitucional, como veremos, podendo gerar a mesma crise de confiança normativa.

2.2 Do outro lado do Canal da Mancha e do Atlântico Norte: os precedentes e o *stare decisis*

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, os dois principais representantes da *common law*, o sistema jurídico se desenvolveu, por razões culturais (a valorização do costume reiterado, consolidado), filosóficas (a concepção de uma *razão*, como dissemos no Capítulo II, mais *modesta*, isto é, não excludente do empirismo e da indução) e histórico-políticas (a compreensão de que a tarefa legislativa mais relevante é não a intervenção normativa, mas a fiscalização do Executivo²³⁵), não em torno da centralidade da lei escrita, mas da autoridade dos *precedentes judiciais*²³⁶ – constatação que, inclusive, evidencia, o caráter multiforme, temporal e, especialmente, *local* do princípio da separação de poderes –,

235 Impende dizer, no particular, que a função propriamente legislativa do Parlamento veio depois da fiscalizadora: “sabe-se, aliás, que foram motivações financeiras as que primeiro inspiraram as convocações medievais da representação, as quais, de outro lado, se fizeram o eco de reclamações e reivindicações perante os soberanos” (CAMPOS, Milton & CARNEIRO, Nelson. *Estudo sobre o funcionamento dos parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos, México e Peru*. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966, p. 26). A tarefa de syndicar o Executivo, com efeito, não é menos importante, do ponto de vista da divisão de poderes, que o labor legiferante. “O filósofo político dessa época tem mais do que simples dúvida para contestar a utilidade de um órgão representativo soberano que se limita a legislar; abstendo-se de todas as outras funções. Tão importante quanto legislar é fiscalizar atentamente a administração, e mais importante ainda do que legislar é instruir e orientar o público sobre assuntos políticos que devem ser comunicados por um órgão que discute abertamente todas as questões de interesse nacional” (pronunciamento do Presidente norte-americano Woodrow Wilson, na ocasião professor em Princeton, citado por Milton Campo e Nelson Carneiro, Op. cit., p. 26).

Tangenciando o tema, Gustavo Zagrebelsky observou: “A natureza de órgão de garantia das liberdades inglesas harmonizadas perfeitamente, além disso, com uma concepção da atividade parlamentar mais ‘jurisdiccional’ que ‘política’, no sentido continental. Como se sabe, o parlamento inglês tem sua origem nos conselhos que o Rei consultava para melhorar o direito existente, que tinham – do ponto de vista atual – caráter incerto. A consulta, com frequência, vinha determinada pelos maus resultados da *common law* nos casos concretos.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007, p. 26) (“La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizadas perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más ‘jurisdiccional’ que ‘política’, en el sentido continental. Como es sabido, el parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el Rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían – desde el punto de vista actual – carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del *common law* en los casos concretos.”) (Tradução livre).

236 Na *common law*, é por meio do processo, e não dos statutes, que se produz justiça (se bem que, na pós-modernidade, se sabe que, mesmo na *civil law*, a norma não está previamente dada, mas é construída processualmente).

que, além de fazerem coisa julgada, formam a moldura (para usar uma alegoria kelseniana) na qual as decisões devem se compreender (e ser compreendidas).

Como considerá-los com brevidade (considerado o propósito deste texto), sem, no entanto, incorrerem em displicência? Talvez referindo que *precedentes* são casos anteriores que se consideram paradigmáticos para casos posteriores. Adicione-se que os precedentes são sempre situações concretas (diferentemente das leis, que são regras ou conjuntos de regras abstratas), compostas por inúmeras particularidades, em que certo pedido, também concreto, foi, conforme as circunstâncias, deferido ou negado.

Como regra, os precedentes são aplicados por *analogia* (método de *interpretação do direito na common law* e de *integração da lei na civil law*), o que significa dizer que o autor (ou o réu, a depender da situação) da ação – e, a seu tempo, o juiz – deverá demonstrar a semelhança entre o caso apresentado e aquel'outro pretérito, que se tornou paradigmático. Havendo semelhança suficiente *em todos os aspectos relevantes*, aplica-se o princípio do *stare decisis*²³⁷: a decisão do caso presente deve seguir a decisão do caso paradigmático²³⁸. É, pois, tarefa do intérprete analisar a *opinion of the court* e divisar nela os elementos decisivos para o caso (*ratio decidendi*) e os elementos marginais ou colaterais (isto é, incapazes de alterar a solução adotada, chamados de *obiter dicta*). Se o caso sob julgamento não contiver todos os elementos fundamentais do paradigma ou, ao contrário, contiver outros, para ele relevantes, mas ausentes no pretense precedente, justifica-se a proposta de *distinguishing*, a ensejar uma decisão específica para a hipótese.

Por fim, como os precedentes são uma espécie de *costume* (costume jurídico), o sistema admite, em caso de comprovada inadequação sociotemporal, a sua substituição (*overruling*) por outro, mais apro-

237 *Stare decisis et non quieta movere* (estar com as coisas decididas e não mexer nas quietas), na formulação completa.

238 Segundo Neil MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Law, State and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 188), lembrado por Eduardo Appio (APPPIO, Eduardo. Direitos das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182), porém, no Reino Unido “os juízes não estão vinculados aos precedentes fixados pelas Cortes Superiores quando se trate de verificação dos fatos, mas somente nas hipóteses de decisões acerca do direito, tais como sobre os critérios de razoabilidade. A identificação dos critérios de razoabilidade nos precedentes anteriores não é uma simples questão de fato, mas, antes, uma questão de direito”.

priado (fenômeno que, relativamente à norma jurídica legislada, encontra similar no reconhecimento de *mutação*, uma vez que não há, no *território romanista*, perda de vigência por *desuso*).

2.3 A consagração da codificação, da resposta única do direito e a vedação à discricionariedade jurisdicional: muito aquém (no tempo e na teoria) de M. Heidegger e H-G Gadamer

Sendo a lei resultado da atividade do principal poder político no alvor da Modernidade e, ademais, constituindo uma decorrência do exercício da vontade geral, garantidas estavam, supostamente desde o nascedouro, não apenas a sua estabilidade, mas também a sua inequívocidade, porquanto fundada na razão²³⁹ (que já conseguira feito ainda mais extraordinário, qual seja, extrair da sociedade civil o próprio *Estado*, por meio do contrato social), que é apenas uma, comum e acessível a todos²⁴⁰, julgador e jurisdicionados.

Havendo única resposta correta para cada problema apresentado, deveria existir uma regra interpretativa apropriada e infalível. O ofício do juiz, nessa hipótese, estaria imune às questiúnculas pessoais. Nesse mundo imaginário, a lei se apresenta como premissa maior, os fatos, como premissa menor, e a sentença, como uma conclusão clara e eficaz, no mais perfeito dos raciocínios. O direito estaria sempre a proporcionar descrições silogísticas apodícticas. A tarefa de separar a *doxa* da *episteme* seria facilitada. Identificada a resposta científica, todas as demais pretensas respostas ao problema seriam acientíficas.²⁴¹

239 A razão em sentido continental, isto é, analítica e supostamente abarcante da realidade em sua inteireza.

240 Claro que há, aqui, uma pressuposição iluminista epistemologicamente questionável: o acesso de todos os indivíduos à mesma razão (esta nos parece, per se, única, na medida em que participa da estrutura do humano; mas os caminhos pelos quais a ela se chega e, de outro lado, os mecanismos pelos quais se manifesta, não. Machado de Assis notou isso: “o homem não é sempre o mesmo em todos os instantes.” Conferir MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Dom Casmurro*. Versão digital disponível em: <http://www.ibiblio.org/ml/libri/a/AssisJMM_DomCasmurro/node93.htm>. Acesso em 15 de junho de 2013). Merece menção, no mínimo, a possibilidade de uso ideológico da razão, terreno complexo que evitaremos, em vista dos objetivos deste texto.

241 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 60.

Postando-se como expressão definitiva de um direito supostamente dotado de realidade ôntica, de cuja construção não podia participar o Judiciário – fato que lhe ocultava o caráter retórico-discursivo –, a lei foi capaz de sustentá-lo (o direito) como passível de redução às fórmulas racionais adotadas pelo legislador. Esse o suposto, dada a mesma norma jurídica – e considerada a pretensa identidade entre *texto de norma* e *norma* e entre *lei* e *direito* –, apenas uma interpretação, estruturada na forma de juízo apofântico, se poderia obter como correta: aquela reveladora de seu verdadeiro significado, necessariamente coincidente com a vontade da lei ou do legislador e expressa no texto escrito indubitavelmente estabelecido, reduzida ao mínimo a discricionariedade²⁴² dos magistrados, que se apresentariam com sujeitos assépticos.

A interpretação, mesmo da Constituição, consistiria num processo mecânico isento de subjetividade e se basearia em critérios genético, filosófico, lógico, histórico e teleológico²⁴³, destinado a ajustar o texto jurídico ao caso concreto. Permitir, diversamente, ao aplicador recursos subjetivos ou externos (consideração de contexto social e alterações históricas, *verbi gratia*) sujeitaria a lei a “modificações subterrâneas”²⁴⁴, capazes de lhe ofender o texto; comprometeria sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas, e transformaria o Estado de direito num *Estado de Justiça*, no qual o juiz, em lugar de servo, revelar-se-ia “senhor da constituição”²⁴⁵.

Sob o aspecto linguístico, a interpretação seria controlada objetivamente, isto é, pelo texto da norma, imediatamente, e pelo legislador (aqui uma figura reificada com base numa razão abstrata e imutável), mediadamente, considerado o titular e intérprete autêntico e irrevogável da vontade da lei, num ambiente de inexistência de argumentos jurídicos não encetados na norma estatal.

242 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

243 MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

244 MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

245 MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 100.

Nesse cenário, quatro fenômenos se verificaram: (i) a exigência de neutralidade e *inconsciência* ideológica dos juízes (uma “impossibilidade antropológica”, na conhecida síntese de Eugenio Raul Zaffaroni²⁴⁶, e uma negação da natureza do homem, na fórmula aristotélica²⁴⁷), centrada na desconfiança contra a classe da magistratura²⁴⁸; (ii) a impermeabilidade do próprio sistema jurídico às demais ordens normativas encontradas na sociedade, com o que não haveria *corrupção* entre as leis formais (pretendendo-se o direito como um sistema geral, completo, autossuficiente e de origem exclusivamente estatal – *autopoiético*, em resumo); (iii) a vinculatividade legal como mecanismo de preservação da isonomia, da segurança e da estabilidade jurídicas, resultando numa noção formalista de *justiça*; (iv) a inovação ou recomposição teórico-prática de todo o ordenamento jurídico na figura das codificações²⁴⁹.

Ora, se o sistema preexistente à Modernidade dava margem a julgamentos divergentes, seja em função do conjunto probatório, de diferentes valorações do conteúdo de uma ação, do uso de elementos metajurídicos de cunho pessoal ou do reconhecimento da preponderância de elementos não significativos, a vinculação de todos, especialmente os juízes, à fórmula legislativa conduziria à certeza proporcionada pela *única decisão correta*, que, determinada pela lei previamente estabelecida, deveria regular todos os demais casos e descartar as res

246 “Nesse sentido, afirma-se que o juiz asséptico, objetivo e imparcial não passa de uma impossibilidade antropológica, porque não existe neutralidade ideológica, a não ser na forma de apatia, irracionalidade ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e muito menos de um juiz.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 109).

Tratando da dificuldade de construção de uma identidade para o sujeito constitucional, Michel Rosenfeld apropriadamente ponderou: “Assim, mesmo nas comunidades políticas constitucionais mais pluralistas e multiculturais, nem todas as culturas e religiões poderiam igualmente encontrar guarida e inserção. E isso porque, como já se ressaltou na discussão acima acerca do pluralismo, é impossível se ascender a uma posição neutra equidistante de todas as diferenças que competem por inclusão no interior do sujeito constitucional.” (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 114) (Os destaques não pertencem ao original).

247 Aristóteles, na Política (I.2.1253a1-19), declarou que *anthropos zoon politikon* (*anthropos zoon politikon*), isto é, “o homem é um animal político”. (A política. Bauru: Edipro, 1995).

248 Como veremos no item seguinte.

249 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35-41.

postas judiciais divergentes²⁵⁰ (com o que se confirmaria a tese da natureza ontológica e do caráter científico do direito).

E que melhor expediente que aquele derivado de um direito que, se não era inteiramente novo, fora racionalmente organizado e sistematizado numa fórmula supostamente completa, incorporando ou eliminando costumes, tradições e normas particulares contraditórias? Eis o sucesso das leis e, especialmente, dos códigos que proliferaram pela Europa continental disseminando as promessas de completude e previsibilidade suficientes para eliminar o trabalho de interpretação. “O Código prussiano²⁵¹, por exemplo, com 19.000 artigos, foi coroado com a autoconfiança da proibição legal da interpretação judicial. E, como o texto codificado era supostamente completo, não admitia sequer a existência de lacunas em seu interior, com vistas a limitar ainda mais a atuação do aplicador do direito.”²⁵²

3. A jurisprudência no contexto da nascente modernidade jurídica: a desconfiança contra a magistratura e a influência do essencialismo jurídico

“O poder judiciário tem apenas juízo e inclusive depende do executivo para cumprir suas decisões.”

Alexander Hamilton

Além da postulada natureza científica do direito – própria do iluminismo que caracterizara o Estado moderno-liberal – e do assentamento do legislador como representante exclusivo do povo, capaz de atender-lhe as reivindicações por estabilidade, segurança jurídica e tratamento isonômico, havia uma razão histórica para a vedação à discricionariedade judicial: a origem social da magistratura.

250 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 31.

251 Esse Código, entretanto, não atingiu o sucesso e influência mundiais do Código Civil francês.

252 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

No Antigo Regime, utilizados politicamente pelo soberano absolutista, a imparcialidade dos juízes achava-se comprometida, porquanto sua ampla liberdade de ação nem sempre era bem exercida – na realidade, desde que não entrasse em rota de colisão com os desígnios da monarquia, pouco ou nenhum controle havia sobre a judicatura. Com o passar dos anos, a magistratura passou a confundir-se com a própria aristocracia²⁵³, uma classe dos *donos do poder*²⁵⁴, que lhe fornecia o *capital humano*²⁵⁵. Casos de privatização da jurisdição (na medida em que a função podia ser comprada, alugada ou transmitida por herança) e uso pessoal e arbitrário de seus poderes haviam tornado o Judiciário um Poder alvo de desconfiança geral. Não por outra razão, Montesquieu postulou a temporariedade do cargo de magistrado como forma de conter-lhe os excessos e uma jurisdição mecanicista, que servisse de *boca da lei* (de sua parte, o dramaturgo e poeta espanhol Félix Lope de Vega y Carpio proclamou que “os magistrados devem ser como as leis, que castigam com equidade e não com ira”).

Era, pois, natural que, com a *revolução iluminista*, os poderes da magistratura, categoria que simbolizava um mundo a ser abandonado, fossem reduzidos ao mínimo²⁵⁶, na proporção do fortalecimento da-

253 Sobre a desconfiança histórica contra a classe da magistratura, conferir GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999, especialmente as p. 56-64.

254 Ideia entre nós tratada de modo seminal por Raymundo Faoro (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001). Preservando a tradição de desconfiança contra a classe da magistratura, John Hart Ely ponderou: “A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos”. (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78).

255 Note-se que, no Brasil, mesmo com a promulgação da Constituição de 1891, de forte influência liberal, e instituição do Supremo Tribunal Federal no ano anterior (quase um ano após a Proclamação da República), a maior parte dos ministros provinham do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

256 Vale notar que, no Brasil, mesmo após a criação do Supremo Tribunal de Justiça, já no contexto da Constituição do Império de 1824, era o Conselho de Estado, instituído em 1841, que efetivamente interpretava as normas jurídicas. As decisões do Supremo não eram consideradas nem uniformizadoras de jurisprudência nem vinculativas dos demais órgãos do Judiciário. Tampouco podia recusar aplicação aos atos do Legislativo (BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95).

quele que encarnava os ideais libertários e racionais do iluminismo, atendendo às aspirações populares: o Legislativo. Acessoriamente, o projeto racionalista de um direito ôntico e positivo – do qual decorria a possibilidade de revelação de seu sentido original e autêntico mediante aplicação de silogismos – tornara dispensável (e, como vimos, vedado) o labor hermenêutico, diluindo o valor da atividade jurisdicional.

Com efeito, a tese de um direito *essencialista*, autossuficiente e completo, que se confundiria mesmo com os textos normativos codificados e do qual seria possível extrair a resposta correta, desenhou, na Modernidade, os contornos de uma jurisdição discreta: sendo a lei, os fatos e a sentença as premissas estruturais de um silogismo, do qual se poderia extrair uma solução consistente, clara e inconteste, a jurisprudência não deveria passar de uma coleção de casos apreciados e decididos de forma idêntica, conforme garantido pelas *Cortes de cassação*.

Mesmo quando se constatou que o direito não poderia ser reduzido a um conjunto de normas racionalizadas nem considerado um sistema autônomo ou impermeável, em face de seu caráter argumentativo e dialógico, admitiu-se apenas que julgar se resumiria a interpretar os signos escolhidos e impostos pelo legislador-racional.

Como se vê, o modelo jurisprudencial dos primeiros tempos da Modernidade orientava-se pela busca de um direito único, inserido pelo Parlamento no texto legal e pronto para ser encontrado desde que adotado o método correto. Os tribunais deveriam atuar na proteção da lei contra abusos interpretativos, buscando confirmar a tese iluminista da reposta única do direito²⁵⁷.

Menos de dois séculos depois, o reconhecimento da natureza retórica do direito e da inviabilidade do projeto iluminista de direito e de Estado, associado ao advento de uma nova classe de direitos

257 Vale notar que, sob essa orientação iluminista, em 1822 foi extinto o poder da Casa de Suplicação de Portugal de emitir assentos. Ao Supremo Tribunal de Justiça, que lhe tomou o lugar, não foi assegurado mecanismo processual algum destinado a promover a uniformidade da jurisprudência, o que, imaginava-se, decorreria de sua simples posição hierárquica na estrutura judicial, o que, evidentemente, não ocorreu (BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 90).

constitucionais fundamentais, passará a justificar uma atuação forte do Poder Judiciário. A jurisprudência, nesse novo cenário, assumirá, porém, a mesma pretensão dogmática de abstração e vinculatividade (vertical e horizontal) que a norma legislada, pretendendo atrair para a jurisdição o controle linguístico da interpretação.

CAPÍTULO III – A NECESSIDADE DA INTERPRETAÇÃO: A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO-SOCIAL E O ALVORECER DO JUDICIÁRIO (DO ÔNTICO AO RETÓRICO)

1. O surgimento do Estado moderno-social e da segunda geração constitucional. 2. O caráter essencialmente principiológico, aberto e declaratório ou promissivo dos textos constitucionais. 3. Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes. 3.1. A atuação positiva do Poder Executivo. 3.2. Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a atuação positiva do Poder Judiciário: a judicialização e o ativismo judicial. 3.2.1. Que isto, o “ativismo judicial”? Expressões de um fenômeno incontornável (ou uma *Hydra* de faces assimétricas). 3.2.2. Ativismo judicial, constitucionalismo e separação de poderes.

[...] quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial”.

Alexis de Tocqueville

“Pois os indivíduos têm poderes, na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.”

Ronald Dworkin

“Argumentar constitui, em definitivo, a atividade central dos juristas e pode-se dizer, inclusive, que há poucas profissões – se é que há alguma – em que a argumentação desempenha um papel tão importante.”

Manuel Atienza

1. O surgimento do Estado moderno-social e da segunda geração constitucional

*“Tempora mutantur, nos et mutamur in illis.”*²⁵⁸

Adágio latino

O advento do Estado moderno-social, no século que se seguiu àquele que em que floresceu o Estado moderno-liberal, não se deu, à semelhança da cisão provocada pelo Iluminismo diante do mundo feudal, sem fissuras. Com efeito, ao longo do século XIX, as revoluções sociais, surgidas no curso das reivindicações proletárias, mostraram sua face empírica na figura dos *conflitos sociais* – um subproduto da associação entre a *política* revolução liberal e a *econômico-social* revolução industrial –, movimentos por meio dos quais se reivindicavam *direitos fundamentais de prestação material* em face do Estado para o interior das instituições públicas²⁵⁹.

As revoluções liberais na superestrutura político-jurídica se conjugaram com as revoluções industriais na infra-estrutura econômico-social. Dessa conjuntura resultou um capitalismo espoliativo, que acirrou a contradição entre a elite patronal e a massa dos operários, aos quais não restava senão sua prole²⁶⁰, desde a infância posta a trabalhar nas fábricas insalubres. Eram os proletários, que realmente nada tinham a perder senão os grilhões que os prendiam à miséria. Esse capitalismo “selvagem” gerou a **Questão Social**, nome com que a encíclica “Rerum Novarum” designou a convulsão social assim desencadeada nas cidades industriais do Ocidente, a partir dos meados do século XIX.²⁶¹ (grifo do autor).

Assome-se à inoperância do Estado liberal, naturalmente absentéista, uma sociedade cada vez mais *democrática* (sob o aspecto mate

258 “O tempo muda, e nós mudamos com ele.”

259 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 41.

260 Vale notar que a raiz etimológica de “proletário”, do latim proletariu, indica o cidadão cuja utilidade se encerra na prole, isto é, pelos filhos que é capaz de gerar.

261 BARRROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n^o 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

rial) e *pluralista*, que conduzira ao Parlamento ideologias políticas tão diversas²⁶² quanto inconciliáveis – uma decorrência direta dos avanços da democracia representativa e da expansão do sufrágio, que principiava a se universalizar –, e veremos o quadro, antes desejável, de lentidão dos trabalhos do Poder Legislativo (com o que se produzia segurança e estabilidade), converter-se em perigosa *paralisia*. Com efeito, os extensos e exaustivos debates necessários à obtenção de maioria, a tecnicidade²⁶³ de determinadas matérias (num mundo a cada dia mais complexo), a confluência dos chamados *grupos de pressão*, a exigência de legitimação racional para a efetividade das resoluções parlamentares, a deficiência de quadros especializados, a tendência a dedicar-se ao controle do Poder Executivo (herança da tradição inglesa), o seu funcionamento descontínuo, tudo isso contribuiu para o recrudescimento, por falta de presteza e de respostas do Legislativo (portanto, do Estado), das convulsões sociais.

Os caminhos estavam abertos: ou a ruptura revolucionária, proposta por políticos socialistas²⁶⁴, ou a reforma por dentro das insti-

262 No Parlamento francês pós-revolucionário, por exemplo, havia os girondinos, representantes da alta burguesia (titulares da indústria nascente, banqueiros, comerciantes), e que, de início, tinham o controle do governo. Eram conhecidos pela moderação, porquanto receavam que as camadas populares tomassem o controle da revolução e prejudicassem o funcionamento do mercado (pensado para funcionar livremente); os jacobinos, provenientes da média burguesia (funcionários reais, profissionais liberais, alguns mestres-artífices), da pequena burguesia (pequenos comerciantes e artesãos), dos camponeses e sans-culottes (demais trabalhadores urbanos de baixa condição). Esses, os jacobinos, levaram ao Parlamento teses radicais, estimulando a agitação popular.

Como se vê, embora também conhecida como Revolução Burguesa, não significa que tenha sido o movimento revolucionário francês uma revolução de consenso, na base.

263 Vale fazer referência ao que escreveram o Senador Milton Campos e o Deputado Nelson Carneiro, em 1966, em relatório sobre viagens destinadas à observação do funcionamento de parlamentos estrangeiros: “Os parlamentos estão hoje abafados pela complexidade e tecnicidade dos problemas de governo, dominados pelo Executivo e seus tecnocratas, e, assim, sem condições de se adaptarem à evolução rápida da sociedade moderna. Em muitos países e sob os regimes mais diversos, há a preocupação de se proceder às reformas necessárias nos processos e nos métodos dos trabalhos parlamentares para assegurar às assembleias representativas sua missão essencial.” (CAMPOS, Milton & CARNEIRO, Nelson. *Estudo sobre o funcionamento dos parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos, México e Peru*. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966, p. 8). Mais adiante, registraram: “Se, por exemplo, pretendermos, atentos mais às palavras do que aos fatos, manter no Poder Legislativo o monopólio da função legislativa, lutaremos contra uma realidade que se vem impondo pela pressão da própria convivência nacional.” (*Op. cit.*, p. 25-26).

264 Realmente, esses políticos pretendiam fazer valer sua ideologia por meio da revolução (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Sarai-

tuições estatais. Nessa tensa relação, as forças de oposição ao Estado liberal “frustraram-se em seu intento reformador, porquanto não conseguiram debater dentro das instituições. Então, os não alinhados com o modelo somente encontraram perspectiva de mudança na defesa de uma *ruptura revolucionária*”²⁶⁵, o que apenas não ocorreu em virtude da atuação de políticos conservadores pragmáticos, que perceberam que a realização de concessões – d’onde se originou o Estado social – era a única maneira de se manterem no poder²⁶⁶⁻²⁶⁷.

“No final das contas”, como ponderou Sérgio Barros de Resende, “seja para substituir a ordem capitalista pela socialista, intervenção total, seja para moderar o capitalismo pela função social da propriedade, intervenção parcial, apelou-se para o Estado, que fora afastado pelo princípio do *laissez faire, laissez passer, que le monde va de lui même*, que o liberalismo opôs ao absolutismo”²⁶⁸. Com isso, o Estado adquiriu²⁶⁹, “paulatinamente, um novo perfil, atuando no meio socioeconômico, primeiro para garantir a expansão econômica da nação, depois

va, 2007, p. 85), postulando, nesse passo, a **reconstituição da unidade do poder** (posto, agora, a serviço das classes trabalhadoras). O argumento era que a separação de poderes, engendrada pelo liberalismo, constituía mera peça de ficção, encontrando-se, por trás das várias instituições formais de poder, sempre a mesma classe dominante.

265 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 40.

266 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O consensus no constitucionalismo ocidental*. São Paulo: USP (tese de doutorado), 1984, p. 208 e ss., citado por AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 40.

267 Também o parlamentarismo se consolida, nesse cenário, como uma solução institucional (*democracia parlamentar*) destinada a acomodar interesses e evitar uma fratura revolucionária.

268 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

269 Segundo Sérgio Resende de Barros (com quem estamos de acordo), “a intervenção estatal se iniciou na mesma época, tanto a intervenção radical, como a moderada, no início do século XX. Melhor dizendo: a intervenção se intensificou por efeito de tais doutrinas novas, pois – intervir na ordem econômica e social – o Estado sempre interveio, na prática, de um modo ou de outro, desde quando surgiu, visto que essa intervenção – que, dita por outro termo, é o governo da sociedade – está na sua natureza. Mas, agora, a intervenção se dava em nova época, conjugando forças inusitadas com fórmulas inéditas, ora mais, ora menos elaboradas pela teoria. Tal conjuntura, em que se consumou a intervenção estatal convocada por essas duas linhas teóricas divergentes [o radicalismo do Estado socialista e a moderação constitucional do capitalismo], foi a era de crises sobrevinda à Primeira Guerra Mundial.” (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82). (Os destaques pertencem ao original).

para também buscar a redução das desigualdades sociais. A *democracia liberal* cedeu lugar à *democracia social*, que, por sua vez, deu ensejo a um novo arranjo institucional²⁷⁰.

Eram novos direitos²⁷¹ e ordens de atuação do Estado, até então liberal e, conseqüentemente, *negativo*, que se reclamavam; um Estado efetivamente preocupado com o que Sérgio Barros de Resende, recordando a Encíclica *Rerum Novarum*, chamou de *questões sociais*, e que produziu, legislativamente, *igualdade material*, fundando, assim, um *constitucionalismo social*²⁷².

Essa sucessão [o **constitucionalismo social**, típico do século XX, que sucedeu ao **constitucionalismo liberal**, característico do século XVIII e início do XIX] implicou nova funcionalidade para a legislação. Os códigos liberais clássicos, o civil, o comercial e o criminal, tratavam todos os indivíduos da mesma forma, sem levar em conta a diferença econômica e social entre eles²⁷³. Todos são iguais perante a lei. A lei é igual para todos. Essa igualdade formal caracterizou a **legislação liberal**. Mas agora surge a **legislação social**. Por princípio, abandona a igualdade formal. Trata desigualmente os desiguais na medida da desigualdade. É necessariamente, por força de sua própria natureza, uma legislação parcial. Protege as partes so-

270 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 42.

271 Positivos, prestacionais, destinados à intervenção estatal na ordem social e econômica. Direitos não mais contra o Estado, mas, sim, por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais.

272 Em verdade, entendemos, com I. M. Coelho (COELHO, Inocêncio Mártires. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 34 nº 134 abr.-jun. de 1997, p. 99-106), que o Estado (e, conseqüentemente, o constitucionalismo) não deixou de ser liberal, embora se tenha tornado “igualmente social e democrático, não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Judiciário [com esse aspecto temos parcial desacordo, o que detalharemos no Capítulo V], sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais”.

273 O que, como tivemos ocasião de mencionar, produziu um novo tipo de injustiça, tão grave quanto a que se perpetrava no mundo feudal (cf. o Capítulo II, item 2, “O mundo jurídico realizado pela Modernidade continental: a supremacia do discurso legislativo, a pretensão de inequivocidade da norma legislada e o controle linguístico e a priori da interpretação: a promessa da decisão judicial democrática”, subitem 2.1 “A fonte primordial do direito no sistema da “moderna” civil law: a lei, sua natureza e seus atributos”).

ciais mais fracas nas suas relações com as partes mais fortes, buscando o equilíbrio, a justiça e a igualdade sociais. Essa função social abriu para a legislação nova perspectiva: a da intervenção na ordem econômica, social e cultural, desencadeando o **intervencionismo social** do Estado, que não raro degenera para **intervencionismo estatal** despidido de função social que o justifique.²⁷⁴ (grifo do autor).

O certo é que, em face de suas mui naturais características, o Parlamento – atado pela lentidão inata ao processo legislativo, engendrada por um liberalismo temeroso dos excessos cometidos pelo Estado absolutista – não reunia condições de responder às exigências que lhe fazia a sociedade que emergia daquele período de crise, a invocar pronta intervenção do Estado nos domínios econômico e social²⁷⁵. Não bastasse isso, era também uma nova espécie de *lei* que se reivindicava²⁷⁶, não mais a lei como fórmula de revelação da ordem natural da sociedade ou destinada a organizá-la a partir da razão, “mas a lei concebida como fórmula de intervenção nessa ordem, no que [fosse] necessário para promover a justiça social, sobrepujando a anterior justiça formal”²⁷⁷.

[...] a função social exigia do Estado agilidade e eficiência nas intervenções econômicas, sociais e culturais, muitas vezes feitas em situações difíceis, acumulando urgência e relevância com a complexidade técnica e operacional das soluções. Esse quadro – o contraste entre o processo legislativo clássico e a urgência e complexidade das soluções econômicas e sociais – logo pôs em con-

274 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

275 A esse respeito, Leon Duguit escreveu: “O Parlamento não está em posição de realizar as regras de detalhe e a agir rapidamente.” (DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª ed., 4 Vol., Vol. IV, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1924, p. 732). “[...] le parlement est bien mal placé pour Porter dès règles de détail ey pour agir vite.” (Tradução livre).

276 Sérgio Resende de Barros afirma, de todo modo, que, “ao passarem do absentismo liberal para o intervencionismo social, os estados ocidentais não deixaram para trás sua forma de estado de direito. A intervenção, para ser legítima, além de ser materialmente necessária, [havia] de ser conforme com o direito. O estado liberal de direito evoluiu para o estado social de direito. Foi de liberal a social no conteúdo, [mas manteve] a lei como base formal do sistema estatal”. (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82). (Os destaques não pertencem ao original).

277 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

tradição o Executivo com o Legislativo. O Poder que intervém é o Executivo, pois ele é que administra os recursos do Estado. Mas o Poder que recobre de legalidade a intervenção é o Legislativo. No entanto, composto de órgãos colegiados e enormes, o Legislativo nem sempre tem a rapidez de ação e o primor técnico necessários à intervenção do Estado, sobretudo em casos de excepcional emergência, relevância, urgência. Mas o Executivo, por ser órgão singular, reúne tais condições que faltam ao Legislativo.²⁷⁸

O resultado foi a transferência paulatina²⁷⁹ do centro da vida constitucional das casas legislativas para o Poder Executivo – seja em sua forma clássica, isto é, *unitária*, seja em sua forma parlamentarista, em que se encontra dividido entre *chefia de Estado* e *chefia de Governo* –, que se torna, assim, “o protagonista da condução dos negócios públicos”²⁸⁰. É nesse contexto, para dar rápidas e eficientes respostas para os conflitos sociais de um novo Estado, que emerge e se firma a “legislação motorizada de origem governativa”²⁸¹.

Era preciso, para o sucesso e conformação constitucional da empreitada, superar a rígida e orgânica separação de poderes estabelecida no cerne da *tradição continental*²⁸²:

278 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

279 Argutas as observações produzidas pelo Senador Milton Campos e pelo Deputado Nelson Carneiro: “[...] observa-se que o Poder Legislativo, sem perder a função de elaborar as leis, todavia já não lhe mantém o monopólio da iniciativa, a qual se transferiu, em grande escala, para o Executivo, mais aparelhado nesse particular e mais responsável em face das reivindicações e da participação das massas, que a ele preferencialmente se dirigem”. (CAMPOS, Milton & CARNEIRO, Nelson. Estudo sobre o funcionamento dos parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos, México e Peru. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966, p. 26).

280 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

281 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

282 Como procuramos deixar claro no Capítulo II deste trabalho, nos termos do arranjo inglês da repartição de poderes – no seio da qual surgiu, e bem se acomodou, o sistema parlamentarista –, a atribuição de função normativa ao Governo não configura um problema real ou insuperável.

No séc. XX, as transformações ocorridas nas relações entre Estado e sociedade, o peso da Administração pública, as crises econômicas, os desafios trazidos por novas ideologias, a inaptidão dos Parlamentos para fazerem face a muitos dos problemas coletivos, as exigências da vida internacional, tudo isso não poderia deixar de afetar o princípio da separação dos poderes. De vários quadrantes, vai-se preconizar a sua superação. Cientificamente insustentável, segundo não poucos autores, ele não seria mais politicamente adequado.²⁸³

Esse esforço se revelaria – para muitos²⁸⁴ de modo *lamentável* – bem-sucedido ao longo do século XX.

2. O caráter essencialmente principiológico, aberto e declaratório ou promissivo dos textos constitucionais

“A constituição de um Estado não jaz no seu arcaiboço escrito, mas nas forças interiores que o vivificam, na lógica do seu organismo, na história da sua evolução.”

Rui Barbosa

“Nos países em que o juiz, destituído de independência, parece mais habituado a prestar serviços do que a sentenciar, as leis devem prontamente registrar o costume, e é por isso que elas mudam depressa. Nos países em que, como na Inglaterra, o juiz permanece muito

283 MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. São Paulo: Forense, 2007, p. 62. Divergimos dos autores que defendem essa “inadequação política” do princípio da separação de poderes mencionada por Jorge Miranda, porquanto, conforme expusemos, o seu cerne irredutível consiste num arranjo destinado a permitir que o poder limite e controle a si próprio, não constituindo um modelo inflexível e, por isso, passível de quebra.

284 Com esse vocábulo indeterminado (“muitos”), referimo-nos aos tantos estudiosos (equivocados, a nosso ver) do direito constitucional, da política como *ciência* e do direito como *filosofia* – além, claro, àqueles dedicados à política como *arte prática* – que viram no fenômeno uma agressão ao princípio da divisão de poderes, uma *caputis diminutio* do Poder Legislativo e uma hipertrofia injustificável do Poder Executivo. Conferir, por todos, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

independente, não há necessidade de tocar nas leis; é o próprio magistrado que as transforma.”

Gustave Le Bon

Não há, contemporaneamente, questionamento algum acerca da natureza, possibilidade hermenêutico-concretizadora, estrutura linguística e força normativa diferenciadas das normas constitucionais (à vista das normas legais), embora nem sempre tenha sido assim²⁸⁵. Realmente, conforme tivemos oportunidade de mencionar²⁸⁶, se bem que com brevidade, na ausência de um sistema de controle de constitucionalidade que lhes confirmasse (na prática, e não somente na teoria) a autoridade e num cenário de absoluta primazia do Parlamento e plena confiança em sua infalibilidade legislativa (de fato, resultando das aspirações democráticas que fundariam a Modernidade, divisando -a do absolutismo obscurantista que qualificara o Antigo Regime, sua legitimidade e racionalidade – esta última um produto lógico do Iluminismo característico do período – se firmavam como incontestes, bem como o resultado de seu labor, significando a avaliação de constitucionalidade uma afronta à soberania parlamentar), o ordenamento jurídico infraconstitucional positivo, ofuscando os *pouco concretos* textos constitucionais, aparecia completo, autossuficiente, autonomamente coercível e hábil a disciplinar todas as relações humanas, fornecendo, inclusive, respostas *a priori*, dispensando, assim, mediação interpretativa no momento de sua imposição ao plano factual.

285 Na nota de rodapé nº 231, transcrevemos preciosa lição de Sérgio Resende de Barros (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82): “a Constituição [sob o liberalismo] era considerada documento estritamente político. Cuidava só da relação básica de governo, entre governantes e governados. Para aqueles, estabelecia a separação de poderes e, para estes diante daqueles, a declaração de direitos. Esses dois mecanismos – um, interno, posto no âmago do poder e o outro, externo, aposto ao exercício do poder – eram havidos como os necessários e suficientes para conter o poder do rei e garantir a liberdade do indivíduo”.

286 Conferir o Capítulo II, item 2 (“O mundo jurídico realizado pela Modernidade: a supremacia do discurso legislativo, a pretensão de inequívocidade da norma legislada e o controle linguístico e a priori da interpretação: a promessa da decisão judicial democrática”), subitem 2.1 (“A fonte primordial do direito no sistema da “moderna” *civil law*: a lei, sua natureza e seus atributos”).

O mundo dos fatos estaria presumidamente esgotado no conteúdo das codificações, algumas incrivelmente extensas, como o já mencionado Código Prussiano, com seus 19.000 artigos. De outra parte, a Constituição – documento de origem popular, não propriamente legislativa – achava-se relegada a um segundo plano, na condição de *carta de intenções* (primeiras Constituições liberais) ou *programa de orientações* (Constituições sociais), sem interferir na vida civil – à falta de uma magistratura forte o suficiente para materializá-la – nem orientar a interpretação ou fiscalizar a *justeza* das normas legais.

Esse foi, porém, um primeiríssimo momento. Com efeito, diversamente do que se pode imaginar, o Estado moderno-liberal não se esgotou num Estado meramente legalitário. Conquanto a princípio de modo tímido – muito porque, segundo pensamos, ainda não se tinha inteira noção do significado e importância da proclamação de direitos e liberdades individuais num documento político-jurídico destinado a inaugurar e organizar o próprio Estado –, foi no seio dele que surgiu e com relativo vagar se consolidou²⁸⁷ o fenômeno da *constitucionalização*, para o que se mostrou essencial a colaboração do Poder Judiciário. Dito por outras palavras, foi no contexto desse Estado que a Constituição se firmou como norma jurídica fundamental, alicerce de validade de toda a estrutura jurídica, postando-se, no *Velho Continente* e nos Estados Unidos, como ordem sistemática e racional da sociedade encartada num documento responsável por abrigar os direitos e liberdades individuais (às quais se juntaram as de ordem social) e impor limites ao poder político, na concepção de J. J. Gomes Canotilho.²⁸⁸ O Estado moderno-liberal foi também um *Estado Constitucional*.

Anotamos, a confirmar o argumento até o momento exposto, que o mencionado sistema de controle de constitucionalidade das leis, instituição jurídico-prática para muitos confirmadora do caráter supe-

287 Falamos em “consolidação” porque um exame acurado do constitucionalismo não poderia deixar de notar, como primeiros documentos constitucionais, anteriores à Modernidade, o Pactum Subjectionis, as Leis Fundamentais dos Reinos, a Magna Carta de 1215, a Petition of Rights, de 1628, o Instrument of Government, de 1654, o Bill of Rights, de 1689, os Pactos de Criação de Comunidades Coloniais nos Estados Unidos da América, de 1620, 1639 e 1662, a Declaration of Rights do Estado da Virgínia, de 1776, a Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781. O que ocorre é que, antes da Revolução Iluminista, não havia compreensão do valor socioestruturante desses textos.

288 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 46.

rrior do texto constitucional²⁸⁹, surgiu²⁹⁰ para proteger e afirmar a autoridade²⁹¹ de um documento que, ainda hoje em vigor, constitui uma das primeiras Constituições liberais escritas, a Constituição dos Estados Unidos da América.

289 O que não é verdade em todos os casos (por exemplo, não há necessidade de controle de constitucionalidade sob o regime de uma constituição flexível). O controle de constitucionalidade nos parece ter mais um sentido político-contramajoritário de fortalecimento da democracia por meio de uma saudável tensão interna com o princípio majoritário (tema do Capítulo V, especialmente o subitem 3.4 e os itens 4 e 5, deste texto).

290 O conhecidíssimo caso *Marbury vs. Madison* (1803), por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conduzida pelo *Chief of Justice* John Marshall, consolidou o poder de revisão judicial mediante declaração de inconstitucionalidade das leis. Fora, na oportunidade, negado seguimento a determinado *writ* sob o entendimento de que a lei na qual se assentava o pleito do autor – o *Judiciary Act of 1789* – era inconstitucional.

Eis o contexto histórico do caso. Thomas Jefferson derrotara John Adams, então candidato à reeleição, na corrida presidencial de 1800. Antes, porém, de deixar o governo, J. Adams adotou medidas conducentes a fazer prosperar a concepção federalista de república e governo, nomeando, nesse intento, diversos partidários para o exercício de cargos relevantes. Dentre eles, encontrava-se William Marbury, então nomeado juiz de paz. O novo Secretário de Estado republicano, James Madison, todavia, negou a expedição do diploma de Marbury (que não fora empossado antes da mudança de governo), levando-o a postular sua nomeação, via *writ of mandamus*, perante a Suprema Corte do país.

Vale transcrever excerto da *opinion* da Corte: “[...] The act to establish the judicial courts of the United States authorizes the Supreme Court to issue writs of mandamus, in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States. The Secretary of State, being a person, holding an office under the authority of the United States, is precisely within the letter of the description, and if this Court is not authorized to issue a writ of mandamus to such an officer, it must be because the law is unconstitutional, and therefore absolutely incapable of conferring the [a]uthority and assigning the duties which its words purport to confer and assign. [...] Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.”

Tão importante quanto *Marbury v. Madison*, no entanto, foi *Cohens v. Virginia* (1821), no qual se confirmou a ilegitimidade da recusa do Estado da Virgínia à autoridade da Suprema Corte na revisão de decisões tomadas pelo supremo tribunal estadual.

291 Segundo Conrado Hübner Mendes (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, tese de doutorado, 267 p.), a associação entre *controle jurisdicional de constitucionalidade e supremacia da Constituição* (ou proteção dos direitos fundamentais), conceitos que passaram a ser tratados como interdependentes, foi a operação conceitual mais bem sucedida da teoria constitucional contemporânea. Não podendo a catarse democrática expor a risco os direitos fundamentais, justificou-se a rigidez constitucional como um anteparo capaz de arrefecer os ânimos do legislador e garantir a estabilidade e a justiça substantiva da própria democracia.

Quanto à potencialidade hermenêutica, vale destacar que as normas encartadas nas primeiras Constituições modernas, por vezes chamadas de “liberais” ou “clássicas”, já apresentavam a tessitura léxica e o caráter aberto e principiológico das Constituições que lhes sucederam, chamadas de “sociais”. Tratemos, pois, logo de dizer que a abertura hermenêutica própria dos textos constitucionais não é característica exclusiva das Cartas posteriores à da República de Weimar, havida como a primeira Constituição a incorporar os direitos sociais (acompanhados de direitos econômicos).

Há, certamente, vários modos de enxergar uma Constituição. Neste momento nos interessa vê-la pelo prisma de sua *finalidade*, através do qual se revela um documento inequivocamente destinado a limitar o poder do Estado, objetivo que se podia atingir, por alguns²⁹² caminhos, dois deles principais: a separação de poderes e a garantia (positiva, isto é, *formal*) de direitos e liberdades²⁹³ (individuais, num primeiro momento, e sociais, posteriormente). Da *separação de poderes* cuidamos no Capítulo II, item 1 deste trabalho (mas ainda tornaremos ao tema). É tempo de discorrer, respeitadas as nossas limitações, sobre a proteção individual e social oferecida pela Constituição, função que contribuiu sobremaneira para a consolidação de seu *status* de norma hierarquicamente superior, base da comunidade política e fundamento de validade de toda a ordem jurídica do Estado.

Inicialmente, a Constituição resultou de uma união estrita entre *constitucionalismo* e *legalismo*, porquanto, como visto, era preciso fixar em documento escrito os direitos e liberdades irrenunciáveis e intangíveis, a serem respeitados pelo Estado – esse movimento possuía tanta importância nos primórdios da Modernidade que o Estado se restringiu à posição de *observador* da vida social, resguardando as liberdades individuais, especialmente as de natureza econômica. Com as revoluções sociais, houve um chamamento do Estado para intervir na sociedade civil e nos mercados, medida necessária para reequilibrar indivíduos em condições de desigualdade e introduzir uma nova equidade: aquela de índole material.

292 O liberalismo elegeu, para tanto, também as doutrinas (i) da necessária *laissez-faire* do Estado; (ii) da separação entre sociedade civil e Estado e (iii) da soberania popular ou *democracia* (representativa, formal e burguesa) (cf., a respeito, o Capítulo II, item 1, “Estado moderno e divisão de poderes”, deste texto).

293 Na Inglaterra, essa proteção deu-se na forma da doutrina jusnaturalista.

Seja como for, isto é, tratando-se de normas *negativas* ou *positivas*, as normas constitucionais consagradoras de direitos eram tratadas mais como *declarações, promessas, intenções* ou *programas* do que como concretudes, sendo a normatividade *per se* (eficácia, efetividade, coercibilidade, imperatividade, como se queira) a sua maior deficiência. Tomadas como sistema de normas e princípios (e, mesmo como normas, não daquelas imediatamente aplicáveis, como as de caráter legal), as Constituições sempre estiveram a esperar e a exigir *interpretações operativas*.

A concretização normativa [inclusive a de âmbito constitucional] está colocada em três planos. Um plano sintático: que aponta à necessária estrutura lógica normativa, com os detalhamentos da hipótese, disposição e respectiva sanção para os casos de descumprimento. Neste plano, a condição desnecessária à concretização do direito é a coerência sistêmica normativa constitucional. Um plano semântico: que aponta à necessária relação entre a norma e os valores sociais nela consagrados, materializando a adequada correspondência entre o ideal normativo do dever-ser e o que se encontra na praxis social. Quanto mais distante for a relação valor normativo/valor social, mais ilegítima é a Constituição e mais ineficazes os seus comandos²⁹⁴. E, finalmente, um plano pragmático: que importa no reconhecimento de, além de as normas jurídicas terem uma perfeita consonância sistêmica e correlação social, ser necessário o empenho político (Estado) e social (Sociedade civil) no respeito ao ordenamento e na busca de efetividade dos princípios norteadores da ordem normativa. **Esse plano indica a necessidade de a Sociedade conhecer a Constituição e lutar pelos direitos nela dispostos, forçando os governantes a atuarem de forma positiva na realização dos objetivos políticos constitucionalmente delimitados.**²⁹⁵ (Os destaques não pertencem ao original).

294 Essa a concepção de Fernand Lassale, para quem poderiam, numa mesma Constituição jurídica, coexistir duas Constituições: uma *real* e outra *formal* (a “folha de papel”), esta sempre sucumbindo, inevitavelmente, à força daquela (LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 – versão digital gratuita disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>.

295 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 50-51.

Entendida na esteira de pensamento nos termos do qual o direito influi na conformação da infraestrutura social (K. Hesse) e vista como capaz de conformar e limitar o contexto social e político do Estado, a Constituição, para não resumir-se a peça onírica, vazia e decorativa, viu-se na dependência dos esforços, por um lado, do Poder Executivo, diretor de políticas públicas voltadas à transformação do real, e, por outro, da jurisdição constitucional, hábil a materializar e dotar de cogência os princípios nela encartados (com o que se substancia o seu teor democrático), além de atualizá-los²⁹⁶, tornando-os “vivos” e “legítimos” (na perspectiva do cidadão, que passa a creditar o texto constitucional).

O Poder Executivo recebeu a tarefa de especificar os valores constitucionais e transformá-los em medidas de ação pragmáticas (que hoje chamados de *políticas públicas*); o Judiciário a de aproximar o direito da vida civil, densificando e concretizando direitos fundamentais individuais e sociais e impedindo a obsolescência²⁹⁷ da Constituição, que, positivada, tende a envelhecer e fazer perenizar o *status quo* em determinado momento histórico. Veja-se, a esse respeito, que foi o Poder Judiciário o responsável por, sem alteração no texto constitucional norte-americano, reconhecer a incompatibilidade de seus valores com a manutenção do regime escravocrata. Para tanto, porém, foi preciso que especialmente a magistratura tomasse consciência de seu papel e função sociais, insurgindo-se contra o dogma essencialista do direito (que, porém, viria mesmo a defender, dois séculos mais tarde, conforme veremos) e a pretensa autoridade incontestável do discurso legislativo.

296 Expediente que não se conforma livre de tensões com o caráter conservador e contramajoritário do Poder Judiciário, como veremos.

297 Segundo C. Wolfe, John Marshall sempre afirmava que a Constituição era composta por princípios gerais, os quais não foram detalhados e especificados no momento da elaboração do texto constitucional precisamente para permitir a sua continuidade e a sua adaptação às situações momentâneas (WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 57).

3 Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes

“O Justice Oliver W. Holmes, em famoso voto vencido, declarou estar ‘longe de acreditar’ que a distinção, ‘com precisão matemática’, entre a ação legislativa e a executiva fosse algo desejável ou exigido pela Constituição.”

Bernard Schwartz

O objetivo deste item consiste em analisar como os direitos constitucionais – em especial os da segunda geração constitucional, que a doutrina convencionou chamar de “sociais”, “positivos” ou “de prestação” –, também estabelecidos por via de fórmulas e monemas (ou semantemas) estruturalmente abertos e caracterizados pela utilização de conceitos indeterminados e plurissignificativos, único modo de positivar *valores e princípios* com o mínimo de *engessamento temporal* (ainda assim, um fenômeno inevitável), permitiram a atuação dos demais Poderes do Estado na tarefa de sua realização sem ofensa ao princípio da separação de poderes.

Do ponto de vista exclusivamente formal ou estrutural, também as normas consagradoras de direitos da primeira geração continham, como vimos, esse convite (mais na forma de *declaração* que de *programa*) aos Poderes Executivo e Judiciário, apenas não *aceite*, na primeira hora, por uma contingência histórico-política: a intolerância do legislador (sequioso por manter o monopólio da formulação do direito) para com a pluralidade de compreensões do fenômeno jurídico, sua recusa à natureza retórica do direito e a defesa da tese da resposta única, que, baseada numa visão essencialista, expulsava magistrados e administradores do processo de elaboração normativa.

Não é, portanto, por uma deficiência léxica ou ausência de possibilidades hermenêuticas das normas constitucionais da primeira hora que partiremos do exame da concretização daquelas da segunda geração: mas, sim, porque foi no contexto dessas que a atuação positiva do Executivo e do Judiciário se tornou não só inevitável, mas também reclamada pela realidade que se impunha.

3.1 A atuação positiva do Poder Executivo

O mundo dos fatos, como pudemos perceber, se impôs ao direito como um todo e à teoria constitucional em particular. Passaram a ser admitidas, como consequência, situações excepcionais, emergenciais, nas quais o Poder Executivo estava autorizado a adotar provimentos normativos por moto próprio²⁹⁸, independentemente mesmo de prévia providência parlamentar.

Cumpra mencionar que foi a *necessidade* (à qual se aliou a *urgência*) o fundamento primeiro – não jurídico, mas fático – dessa legislação de origem governativa. Num primeiro momento, o Governo passou, com base nela, a editar atos normativos “ao arrepio de qualquer previsão constitucional (ou, até mesmo, contra expressa proibição constitucional), no mais das vezes em períodos de crises parlamentares e para fazer frente a situações de emergência legislativa. [...] Daí a curiosa e sugestiva fórmula da doutrina alemã ‘*Not kennt kein Gebot*’, isto é, a necessidade não conhece princípio”²⁹⁹.

José Levi Mello do Amaral Júnior recorda, a esse respeito, que:

A tese que erigia a necessidade como fonte do direito foi amplamente criticada. Muitos dos críticos sugeriam que a irregular decretação de urgência governativa fosse seguida de uma manifestação parlamentar formal regularizando a situação por meio de um “Act of Indemnity”. O entendimento em causa considerava a decretação de urgência uma irregularidade a ser escusada pelo *Act of Indemnity*, ato parlamentar

298 Decidindo sobre a legislação de emergência brasileira, o Supremo Tribunal Federal consignou: “O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio ‘periculum in mora’ que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI-MC nº 293-DF. Tribunal Pleno*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgada em 6 de junho de 1990 e publicada no DJ de 16 de abril de 1993, p. 06429).

299 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 45. O autor refere que a informação foi dada pelo então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, na reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de 15 de maio de 2002, ao ensejo de sua indicação ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (conferir, a propósito, as notas de rodapé nºs 30 e 45 da obra citada).

esse que não legalizava o operado pelos ministros, mas tão-somente exonerava esses da responsabilidade que assumiam quando adotavam o provimento de urgência.³⁰⁰

Num segundo estágio, advieram reformas constitucionais destinadas a acomodar, no bojo do sistema de repartição de poderes, provimentos governativos gerais e eficazes desde a sua edição – fundados na necessidade de se conferir ao Governo instrumentos mais ágeis do que os existentes no âmbito do processo legislativo regular –, reveladores da “existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação”³⁰¹. Ganharam corpo, assim, “instrumentos legislativos adotados diretamente pelo próprio Governo, os decretos-leis e correlatos³⁰² [...] como fonte normal (ordinária) e formal do direito, por ele próprio previsto. Tanto isso é verdade que a doutrina registra a ocorrência, ao menos em certos âmbitos temáticos, de uma ‘concorrência legislativa’ entre Governo e Parlamento [...]”³⁰³

Esse se tornou o modelo preferencial de intervenção jurídica do Poder Executivo e, por essa razão, ensejou novas alterações nos textos constitucionais, que passaram, em geral, a disciplinar com cautela o *estado de necessidade legislativa*, procurando maneiras de evitar o cometimento de abusos por parte do Governo na edição dos atos normativos emergenciais³⁰⁴. Essa era, aliás, a lição de Konrad Hesse³⁰⁵ sobre o

300 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 48.

301 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

302 Decreto-legge italiano, regulamento autônomo francês, decreto-ley espanhol, decreto-lei português, decreto-lei brasileiro (posteriormente substituído pelo instituto da medida provisória, mas dela diverso), entre outros.

303 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

304 Uma das formas preferenciais de evitar o desvirtuamento das instituições de um país pela utilização imoderada de legislação governamental tem sido a submissão dos provimentos governativos ao crivo do Parlamento para conversão em lei formal. No sistema americano, “os tribunais impuseram limites aos poderes que podem ser delegados. A menos que o Ato de delegação de poderes contenha um padrão – limite ou orientação com respeito ao poder conferido que se possa exercer –, ele será inválido ou nulo. Isso tem impedido delegações indiscriminadas de poderes, do tipo que tem originado violentas críticas na Inglaterra; mas não tem evitado as necessárias concessões de autoridade legislativa ao Executivo”. (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 34).

305 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 50.

tema, para quem a disciplina do tema devia ser posta na Constituição, sob o risco de tornar-se malversado³⁰⁶. “[...] convinha precisar e delimitar um poder que o Executivo teria certamente utilizado ainda que se lhe fosse negado”³⁰⁷.

Hans Kelsen reconheceu à Constituição esse poder e essa missão:

A Constituição pode [...] dispor que, em condições perfeitamente predeterminadas, poderão ser estabelecidas normas gerais, não mais por uma votação parlamentar, mas por um ato do governo: são os decretos de necessidade, que se acham então no mesmo grau das leis, que têm a mesma força que elas, as substituem e as modificam, e são imediatamente subordinados à Constituição, que podem ser, portanto, tal como as leis, imediatamente inconstitucionais e contra os quais, por conseguinte, do mesmo modo que contra leis inconstitucionais, devem se dirigir as garantias da Constituição.³⁰⁸

Um terceiro momento da atuação normativa do Governo – fadado, no entanto, desde o início, ao desuso – foi constituído pela delegação temporária e específica de poderes legislativos, que, entre nós, ganhou o nome de *lei delegada*.

Essa evolução, que com custo e deficiências várias narramos, é sintetizada por Sérgio Barros de Resende com singular lucidez:

No fim do século XX já se tem perspectiva histórica para enxergar que **três** foram as vias pelas quais se fez transferência da função legislativa para o Executivo, a fim de atender situações emergentes da ordem econômica, social e cultural.

306 Na Itália, após a Grande Guerra, a urgência tornou-se o meio normal de legislação. Foram 5.217 decreti-legge entre 1914 e 1925 (e, da promulgação da Constituição de 1947 até abril de 1997, foram editados 1.626 decreti-legge originários, sem considerar as reitera-ções). Por conta de sua vulgarização, foram editadas a Legge 100, de 1926, e a Legge 129, de 1939 – essa última consentia o decreto-legge “somente em estado de necessidade em razão de guerra ou em razão de medidas urgentes de caráter financeiro e quando as Comissões legislativas das Câmaras não houvessem deliberado no prazo de um mês da apresentação dos projetos de lei, o que pouco resultado prático produziu”. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 47-48).

307 Viesti, *Il decreto-legge*, p. 34, citado por AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 51.

308 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). In.: *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 133.

A primeira foi a **via política**, com apoio jurisprudencial, sem romper a forma ou mudar o conteúdo aparente da Constituição vigente, que permanece como sendo “a mesma”, tal como sucedeu nos Estados Unidos, onde hoje o Presidente é chamado “the chief legislator”, apesar de ainda vigorar lá uma das primeiras constituições liberais escritas. A segunda foi a **via revolucionária**, quebrando a Constituição vigente, como ocorreu no Brasil no início da era Vargas, em que Getúlio governou mediante “decretos revolucionários”. A terceira foi a **via evolutiva**, a evolução da própria Constituição, por renovações ou inovações feitas quer democrática quer autoritariamente, dando origem a figuras constitucionais como as leis delegadas, os decretos-leis e, seqüela destes, as medidas provisórias. Dessas figuras, a única que preserva a autoridade da casa legislativa é a lei delegada, que se funda em delegação por ela autorizada. Nas outras, ainda que se imponha ratificação pela casa legislativa, a delegação é feita diretamente pela Constituição, independentemente de prévia autorização do Legislativo.³⁰⁹ (Os destaques pertencem ao original).

Com esse deslocamento – inevitável, mas nem sempre politicamente consentido – do trabalho normativo primário do Parlamento para o Poder Executivo, não foram poucas as vozes que denunciaram a vulneração fatal da separação de Poderes. O que essa fileira de postulantes do debate sempre olvidaram – e olvidam –, e que buscamos ressaltar ao longo deste trabalho, é que: (i) o melhor significado da repartição de Poderes remonta à tradição inglesa, nos termos da qual mais relevante do que a distribuição de frações do poder entre órgãos diversos – como que para isolá-los mecanicamente – é a composição de instrumentos de controle recíproco entre eles, de modo a evitar excessos e abusos do Estado (em especial contra os direitos e liberdades individuais), numa expressão, *o surgimento de um superpoder*; (ii) os direitos fundamentais positivos advindos das revoluções sociais, *direitos de prestação*, constituem um convite à atuação positiva do Poder Executivo (e também do Judiciário) na sua realização infraconstitucional, sobretudo porque o chamado *Welfare State* – essencialmente, na origem, um Estado legislativo – convolveu-se em Estado administrativo e burocrático³¹⁰, denunciando, pela velocidade das transformações sociais, a inaptidão do Parlamento para versar sobre assuntos de reconhecida complexidade técnica.

309 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

310 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 39.

Vale referir que, por força dessa geração de direitos fundamentais positivos, Executivo e Judiciário³¹¹ também foram chamados a intervir para sanar, mediante provocação ao Legislativo, a chamada *omissão inconstitucional*, que se revela corriqueira conforme a extensão do catálogo estabelecido na Constituição desses direitos³¹².

Mas não é só. É comumente desprezado que (iii) a divisão de poderes é, em sua origem, um dado da realidade (a que a razão conferiu forma mínima), e não uma abstração a-histórica, a ser aplicada rigorosamente em qualquer ordem constitucional³¹³. Significa dizer: é na Constituição do Estado considerado em particular, e não na cogitação teórica³¹⁴, que se deve buscar a forma da divisão de poderes adotada, para, então, estabelecer os seus limites e determinar eventuais violações. Por exemplo, “a ‘Separação dos Poderes’ da Constituição brasileira prevê a medida provisória não como um elemento de sua própria desestabilização ou derrogação, mas como elemento que a integra e lhe dá feição. Com efeito, a medida provisória compõe a ordem normal de competências da Constituição de 1988”³¹⁵.

[...] as medidas provisórias [integram] o rol das figuras jurídicas pelas quais se processa **constitucionalmente** – ao abrigo da própria Constituição – a transferência da função legislativa para o Executivo em situações de urgentes emergências. Essas figuras compõem um campo legislativo excepcional,

311 Há ações específicas, no sistema constitucional brasileiro, voltadas para essa finalidade (como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). No entanto, como veremos nos Capítulos IV e V, o Judiciário brasileiro, na figura do Supremo Tribunal Federal, tem desbordado dessa tarefa fiscalizadora da atuação do Parlamento que a Constituição lhes deferiu.

312 Nesse particular, ilustrativo o caso brasileiro, cujo rol de direitos e garantias sociais se encontra entre os mais generosos do constitucionalismo ocidental.

313 Conferir, a propósito, a nota de rodapé nº 235.

314 “[...] o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece [por exemplo, a ADI 3.367-1/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, julgada em 13 de abril de 2005] que a ‘separação dos Poderes’ resguardada pela Constituição (art. 60, § 4.o, III) não invoca um modelo abstrato (por exemplo, o de Montesquieu), mas, sim, o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o arranjo institucional adotado pelo constituinte originário. Porém, vale registrar, isso não impede que emendas constitucionais modifiquem aspectos do arranjo, desde que não sejam tendentes a abolir o núcleo essencial do modelo adotado.” (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68).

315 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 128.

dito **legislação de emergência ou legiferação de urgência**.³¹⁶ (Os destaques não pertencem ao original).

Semelhantemente, as Constituições italiana³¹⁷, espanhola³¹⁸, portuguesa³¹⁹ e francesa³²⁰ outorgam ao Executivo (ou Governo, falando

316 BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

317 O art. 77 do texto constitucional da Itália de 1947 permite o chamado provvedimento provvisorio (Decreto-legge é o nome do ato normativo em si mesmo): “o Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos que tenham valor de lei ordinária. § Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adotar, sob a sua responsabilidade, providimentos provisórios com força de lei, deverá, no mesmo dia, apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, serão convocadas para esse propósito, reunindo-se dentro de cinco dias. § Os decretos perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. § As Câmaras podem, todavia, regular por lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.” (“Art. 77. Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. § Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. § I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. § Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.”) (Tradução livre).

318 O art. 86, nº 1, da Constituição espanhola de 1978, admite o decreto-ley: “em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá adotar disposições legislativas provisórias sob a forma de Decretos-leyes e que não poderão afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades Autônomas nem o direito eleitoral geral.” (“art. 86, nº 1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.”) (Tradução livre).

319 A Constituição portuguesa de 1974 (com a VII revisão de 2005) lida com o decreto-lei em diversos dispositivos: “art. 112º. 1. 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. 2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos.”; “art. 169º. 1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos a apreciação da Assembleia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembleia da República.”; “198º. 1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República; b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta; c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.”

320 A Constituição francesa de 1958 discrimina o domínio da lei e do regulamento: “aque-

aqui estritamente, isto é, como divisão do Poder Executivo típica do parlamentarismo) poderes normativos sem, com isso, ferir de morte o princípio da divisão de poderes. O relevante é que possam o Parlamento exercer o controle político e o Judiciário o controle de constitucionalidade sobre o resultado da atuação nomogenética do Executivo.

Desconsidera-se, ainda, que, na contemporaneidade, (iv) alguma medida de colaboração entre os Poderes do Estado, no desempenho de suas funções, é, mais do que legítima, *desejável*³²¹ (além de inevitável³²²), algo que, na transição do liberalismo clássico para a *era social*, já percebera Léon Duguit:

[...] na sequência do capítulo VI, Montesquieu mostra, com clareza razoável, que uma íntima solidariedade e uma constante colaboração devem unir os diferentes ramos do Estado; que o poder executivo deve ter direito de veto sobre o legislativo; que os agentes do executivo devem ser politicamente responsáveis frente ao Parlamento; que o poder judicial não existe, de maneira nenhuma, como poder distinto do executivo [...].³²³

le é fundamentalmente o domínio da arbitragem, já que tem por cerne o equilíbrio de interesses entre indivíduos, grupos e Estado, este como representante do interesse geral. Já o domínio do regulamento compreende toda a matéria que, servindo à realização da política governamental, não diz respeito às bases essenciais do relacionamento social." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270). O regulamento autônomo é o "ato pelo qual o governo edita regras jurídicas novas, com força de lei, portanto revogando ou derogando atos do Parlamento anteriores, relativas a matérias não enumeradas no art. 34 da Constituição. É ele, pois, a expressão de um poder normativo governamental, no dizer de Vedel, que deve ser posto no mesmo pé que o Poder Legislativo, já que consiste em editar regras jurídicas somente subordinadas à Constituição." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177).

321 O Justice Oliver W. Holmes, em famoso voto vencido, declarou estar "longe de acreditar" que a distinção, "com precisão matemática", entre a ação legislativa e a executiva fosse algo desejável ou exigido pela Constituição (SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 28).

322 Hely Lopes Meirelles, a propósito, consigna: "Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder. O que há, portanto, não é separação de poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível." (Direito administrativo brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 55-56).

323 DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 14. (Tradução livre).

.....

Colocar na cabeça do Estado dois poderes sem vínculo entre eles, sem interdependência, sem solidariedade, é condená-los fatalmente à luta.³²⁴

Finalmente, ignora-se que a (v) complexidade dos dias que correm, bem como dos temas com os quais o Estado é forçado a lidar, pena de ser considerado omissor, tem tornado a delegação legislativa (direta, por meio de transferência expressa, ou predisposta constitucionalmente) um fato incontornável da realidade. Sobre o fenômeno nos Estados Unidos e na Inglaterra, Bernard Schwartz escreveu que “as necessidades da administração moderna têm compelido o Legislativo a delegar ao Executivo poderes para promulgar regras e regulamentos que possuem força de lei”³²⁵.

Acertada, portanto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao ponderar constituir exagero pensar que o “predomínio do Executivo-Governo, inclusive a assunção por ele da função de legislador, [representa] o fim da separação dos poderes [...]”. Não obstante a separação dos poderes consagrada pelas “Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial [esteja] muito longe da fórmula consagrada no *Espírito das Leis*”, não se pode negar que, na versão contemporânea do arranjo, está o “reconhecimento do papel – preponderante, reconheça-se – do Executivo-Governo na produção legislativa”³²⁶.

O que nos parece essencial, por fim, não é a discussão acerca da eventual agressão ao princípio da divisão de poderes pela só existência da legislação de urgência³²⁷, até porque a defesa de um *monismo*

324 DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 132. (Tradução livre).

325 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 34.

326 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico. In.: *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 457.

327 Fosse esse o caso e teríamos que discutir, por idênticas razões, e com muito maior seriedade, o poder de iniciativa conferido a órgãos externos ao Poder Legislativo, que não se conforma com a clássica mecânica da divisão de poderes da tradição continental, bem como a intervenção do Executivo na elaboração da própria pauta de votação do Parlamento. A esse respeito, discorreram o Senador Milton Campos e o Deputado Nelson Carneiro (CAMPOS, Milton & CARNEIRO, Nelson. Estudo sobre o funcionamento dos parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos, México e Peru. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966, p. 16): “a iniciativa das leis, antes apanágio

parlamentar, que o preservasse incólume, estaria não apenas em desacordo com os propósitos práticos do modelo, mas também em descompasso com os tempos vividos (e, como diriam os romanos, *tempus regit actum*). Importa mais, a nosso juízo, **em face do sistema de governo estabelecido**, o debate sobre os excessos cometidos pelo Poder Executivo no uso dessa prerrogativa e o engenho de formas de tornar a utilização dos provimentos governativos controlável, parcimoniosa e

do Poder Legislativo, transferiu-se, em boa parte, para o Poder Executivo, especialmente de referência àquelas proposições que visem a aumentar a despesa ou a diminuir a receita do Estado. Mesmo nos Estados Unidos, só formalmente está assegurada a privatividade do congressista em dar o primeiro impulso à elaboração legislativa. Na prática [...], o Presidente da República encaminha ao Congresso, através de mensagem dirigida ao *speaker* da Câmara dos Representantes ou ao Presidente do Senado, um texto integral. Ou o envia ao presidente da Comissão de Trabalho, que o oferece com o apoio do Partido situacionista. No México, o direito de iniciar leis compete: I) ao Presidente da República; II) aos deputados e senadores; III) aos legislativos estaduais. [...] Na Itália, as iniciativas parlamentares (*proposta di legge*) e as iniciativas governamentais (*disegno di legge*) acionam a máquina legislativa. Os projetos do Governo são enviados, na França, à Assembléia Nacional ou ao Senado, indiferentemente, à exceção da proposta de orçamento, que se inicia forçosamente na primeira daquelas Casas. Na Câmara dos Comuns, somente determinado número de deputados, sorteados no princípio de cada sessão legislativa, tem chance de oferecer e de ver discutidos e votados seus projetos. [...] É certo que, além disso, a qualquer momento os parlamentares podem apresentar projetos, que figuram na Ordem do Dia praticamente para simples divulgação, eis que, colocados no fim da lista, raramente chegam a ser votados. Não há limitação legal do direito de iniciativa do Bundesrat, mas, na prática, são raras as proposições de sua autoria. Desde a instituição da República Federal Alemã (1950), foram aprovados cerca de 2.000 projetos, sendo que, dêles, não mais de 60 sugeridos por membros daquele órgão, em nome das unidades federadas que presidem. No Bundestag, 90% dos projetos são de iniciativa do Gabinete [...]. A ação do Executivo, cada vez mais ampla, e tornada preferencial, notadamente através da elaboração da Ordem do Dia, vai restringindo, cada vez mais, o direito de iniciativa parlamentar, cujo conflito maior ocorre, ao que parece, na França, na fixação do que seja do domínio da lei (competência do Legislativo) e do que se insira no domínio regulamentar (competência do Executivo), dissídio esse submetido à decisão do Conselho Constitucional. Nenhum índice maior do declínio da iniciativa parlamentar, notadamente na Europa, do que a percentagem mínima de leis aprovadas, oriundas de projetos apresentados por deputados ou senadores, das leis votadas anualmente pelo Parlamento Britânico: as sugeridas por congressistas não passariam de meia dúzia. Na Itália, embora em maior número as iniciativas parlamentares, são as de autoria do Executivo as que logram chegar mais rapidamente à votação. Na França, em 1962, foram publicadas 53 leis, das quais apenas 7 de iniciativa parlamentar. Das 111 leis divulgadas em 1963, 98 resultavam de propostas governamentais. Mesmo nos Estados Unidos, embora teoricamente todos os projetos devam ter o mesmo andamento e sejam todos apresentados por congressistas, não parece exagero afirmar-se que, nesses últimos 15 anos, 80 a 90% do trabalho legislativo resultaram de sugestões do Executivo.” (Preservamos a acentuação do texto original).

respeitosa (em síntese, fundado na *necessidade*) do modelo de democracia representativa acolhido pelo Ocidente (que outro melhor ainda não encontrou) – sempre com o pensamento posto no sistema engendrado pelos ingleses, dedicado, precipuamente, a evitar que um poder controle ou absorva o outro³²⁸, expondo, assim, a risco as liberdades individuais.

Esse o escopo que dever orientar a investigação prática: impedir que um poder – no caso em apreço, o Executivo – se afirme de modo ir-resistível sobre os demais, hipertrofiando-se por meio da concentração de poderes, sobretudo legislativos. Analisando a questão tendo em mira o caso brasileiro (cujo modelo de governo não se conforma – pelo menos não sem dificuldades – com o instituto³²⁹ das medidas provisórias³³⁰), significa encontrar maneiras de evitar que nosso presidencialismo se conserve, como bem o designou Sérgio Barros de Resende, em *presidentismo*³³¹.

3.2 Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a atuação positiva do Poder Judiciário: a judicialização³³² e o ativismo judicial

É lugar comum dizer que a realidade é mais produtiva do que

328 DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 132.

329 E, principalmente, a prática corrente.

330 Instrumentos de legislação governativa emergencial são pensados, em tese, para sistemas parlamentaristas, porque neles são relativizados pelos laços de dependência, confiança ou interpenetração entre Governo e Parlamento, e não para o presidencialismo, em que o Chefe do Governo tem mandato próprio, sendo independente em relação ao Legislativo. Nesse sentido, BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82.

331 “Cada vez mais ganha uso o termo que cunhei para designar a deturpação do presidencialismo no Brasil: *presidentismo*. Entre nós, tradicionalmente, não há presidencialismo, mas sim *presidentismo*, pois em verdade não temos um ‘Presidente da República’, mas uma ‘República do Presidente’, caracterizada pela hipertrofia do Poder Executivo: a exagerada concentração de poderes, inclusive do poder-função de legislar, nas mãos do Presidente da República. Essa situação é uma das causas dos conflitos de Poderes que atormentam o Estado brasileiro, envolvendo até o Judiciário.” (BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82). (O destaque pertence ao original).

332 A judicialização, fenômeno causado por uma constitucionalização abrangente e que tem levado certos temas sensíveis (por sua natureza, importância e repercussão) da esfera decisória do Parlamento e do Poder Executivo para o Judiciário, não nos interessará além deste Capítulo. Seu tratamento sério mereceria um texto dissertativo exclusivo.

qualquer abstração que a razão, por mais potente que se pretenda, possa ser. No *Fausto*, Goethe, por meio de Mefistófeles, advertiu: “cinza, meu caro, é toda teoria; verdejante é a árvore dos frutos dourados que é a vida”³³³. Não seria diferente com o direito, cuja cientificidade, completude, perenidade e previsibilidade são apenas projeção psicológica de agentes temerosos³³⁴ ou insatisfeitos com o seu caráter dinâmico, retórico, social e, num positivo sentido, *cambiante*.

É, com efeito, francamente impossível aos elaboradores de um texto, de estatura legal ou constitucional, prever não apenas a variedade infinita de situações e conflitos humanos de ocorrência possível ao longo dos anos, mas também o modo como os valores eleitos em dado momento serão compreendidos num outro mais adiantado no tempo, alteradas as condições sociais, políticas ou econômicas. O acordo entre o *texto* e o *real* é precário. Positiva-se o direito, não a vida³³⁵.

A constatação da insustentabilidade do dogma positivista e essencialista do direito correu junto com o reconhecimento de que as palavras, por mais bem arranjada que seja a fórmula por meio da qual se apresentem, não reúnem condições de aprisionar a realidade nem de dar expressão definitiva a valores socioeconômicos, políticos e culturais, do que decorreu a aceitação – felizmente não muito tardia – de que a interpretação concretizadora é essencial à compreensão e materialização do direito como instrumento de conformação social³³⁶ (K. Hesse). Acresça-se a seguinte pergunta retórica: se nem a lei pode tudo reger e prever, o que dizer dos valores da Constituição, esta que é peça mais sintética que o acervo legislativo (referimo-nos, claro, à parte *inequivocamente constitucional* das Constituições³³⁷)?

A tessitura aberta e o caráter principiológico das normas constitucionais – em especial, julgamos, as *prestacionais* – não podem cons

333 GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. Trad. Agostinho D’Ornellas. São Paulo: Martin Claret, 2002.

334 Com a apropriação de suas funções por membros de outros Poderes ou órgãos.

335 BATISTA JUNIOR, Edil. O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43.

336 Cf. SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 349-377.

337 Pois as Constituições do século XX, ao atraírem para os seus textos temas não necessariamente constitucionais (pelo menos não na acepção moderna de Constituição), mostraram-se tão extensas quanto as codificações.

tituir, em termos de concretização, *locus* de trabalho apenas do legislador, dirigindo-se, antes, aos três poderes estatais³³⁸⁻³³⁹: “elas informam os Parlamentos ao editar leis, bem como a Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente”³⁴⁰. A legiferação, a administração e a própria jurisdição ficam submetidas a esses ditames, verdadeiros programas dados à sua função³⁴¹.

Se isso se passa assim com as normas constitucionais proclamadoras de direitos e liberdades negativos, com muito mais razão com aquelas outras veiculadoras de direitos prestacionais. Por elas, fica o Estado obrigado a, mediante leis, atos administrativos e instalação real de serviços públicos (terreno que o Judiciário passou a frequentar, embora não sem crítica³⁴²), definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas *políticas sociais* (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

338 Segundo H. Kelsen, os direitos fundamentais de perfil positivo mudaram a posição do Executivo e do Judiciário em relação ao legislador, aproximando-os (Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público* nº 1, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130).

339 “As normas e princípios ‘directivos’ e ‘programáticos’ não possuem apenas uma eficácia obrigatória e plenamente vinculante em relação ao legislador ordinário. Vinculam ainda, dentro de certos limites e observadas certas condições, todos os órgãos constitucionais chamados à sua concretização e actualização. Melhor seria dizer-se que se dirigem, preliminarmente, não tanto à actividade legislativa quanto à chamada actividade de ‘indirizzo político’. Muito mais do que simples normas ‘directivas’, representam, objectivamente, um momento fixador na constituição do Estado de ‘directivas políticas gerais’, de ‘princípios directivos materiais’, numa época profundamente marcada pela intervenção deste último no domínio solidarista das ‘prestações sociais’” (QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 144).

340 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos – uma visão comparativa. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36 nº 144 out.-dez. de 1999, p. 239-260.

341 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos – uma visão comparativa. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36 nº 144 out.-dez. de 1999, p. 239-260.

342 Eis discussão que tem merecido espaço não apenas em sistemas filiados à common law, como os Estados Unidos e a Inglaterra, mas também entre nós: o judicial law-making. Trata-se de saber se, “no exercício da jurisdição, os magistrados da common law podem tomar decisões políticas” (DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: *DANTAS, Bruno et alii*, Organizadores. *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois*, Vol. III. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31).

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos na maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latinoamericanos definem metas e finalidades “as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização [na medida em que] prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas”^{343,344}. Cabe perguntar: e se não o fizer o legislador, pode fazê-lo o sujeito jurídico constitucional (o tribunal encarregado da guarda da Constituição e interpretação das normas constitucionais, como referimos na *Introdução* deste trabalho)? E se puder, quais os limites para tanto? Perguntado de outro modo: a densificação deve se dar nos limites intersubjetivos do processo ou pode ser genérica, abstrata e dotada de eficácia *erga omnes*?³⁴⁵

Para a jurisdição constitucional, a questão é saber se essas normas de prestação representam meras *recomendações*, isto é, preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, ou se constituem direito aplicável diretamente. Por outro modo: há, no texto constitucional material, “normatividade em si”³⁴⁶?

343 KRELL, Andreas J Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 20.

344 As normas programáticas não constituem classe unívoca. Ao contrário, podem ser divisadas em três categorias: (i) normas constitucionais programáticas em sentido estrito, que mencionam uma legislação futura para a implementação do programa que encerram, exigindo atividade legislativa típica; (ii) normas programáticas meramente definidoras de programas, aquelas que estabelecem programas sem, no entanto, mencionar a necessidade de edição de lei; (iii) normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos, as que declaram direitos, ordinariamente sociais ou econômicos, sem estipular a forma como serão implementados (vinculando, porém, todos os órgãos públicos, especialmente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição); (iv) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado, as que fixam os meios de organização do Estado (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan.-mar. de 2012, Ano 49, nº 193, p. 7-20).

345 Dedicaremos o Capítulo V deste trabalho, “A limitação da interpretação: restrições à criação judicial do direito (da norma judicada abstrata e original) para além da discussão retórica vs. essencialismo jurídico”, a tentar responder a essa questão.

346 Não estamos a confundir Constituição com texto constitucional. Ao perguntarmos se o texto constitucional possui “normatividade em si” pretendemos, na verdade, indagar se a normatividade que dele se pode extrair (no momento de sua aplicação) depende necessariamente de trabalho do legislador ordinário. Estamos, como se vê, com Friedrich Müller, para quem “[a normatividade resulta] de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser

A defender a primeira posição, temos J. J. Gomes Canotilho, que, havendo revisitado e reformado sua teoria, passou a defender (com o que introduziu um dilema para o dirigismo³⁴⁷ constitucional) que os direitos sociais, culturais e econômicos, estabelecidos apenas no plano constitucional, não geram, sem o trabalho do legislador ordinário, direitos subjetivos. E passou a advogar a tese de que a *aplicabilidade direta* não significa que as normas garantidoras de direitos fundamentais – mesmo os direitos, liberdades e garantias – configurem direitos subjetivos (o que, a nosso juízo, significa entender parte das normas constitucionais como sem força vinculante própria).

Diante dos problemas vividos pelas Constituições dirigentes, postula J. J. Gomes Canotilho a necessidade de uma nova teoria da Constituição, apontando problemas como: dificuldade de materialização do direito e rebeldia do político a uma normatização; existência de novos sujeitos do poder, como os organismos internacionais; problemas de flexibilidade, como a perda de território ou de soberania³⁴⁸, dentre outros. E ressalta os problemas político-dogmáticos da futura Constituição europeia, concluindo que, na verdade, essa Constituição “procura reaglutinar um esquema dirigente através do Direito Constitucional”³⁴⁹. E alerta:

fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o ‘conteúdo’ de uma prescrição jurídica, i.é, os impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente ‘presentes’ no seu teor literal. Esse conteúdo também pode ser formulado apenas em linguagem [sprachlich] pelo teor literal, pode ser ‘representado’ apenas pelo modo peculiar à linguagem. Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.” (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55) (Os destaques pertencem ao original).

347 J. J. Gomes Canotilho, inclusive, abandonou a expressão “Constituição dirigente” em favor de “Constituição dirigida”.

348 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 222. O autor prossegue (Op. loc. cit.): “O Tratado da União Européia impõe aos Estados-Membros o dever de adopção de todas as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações derivadas do Tratado (art. 5º) [...] O incumprimento das obrigações comunitárias por parte do legislador interno está sujeito ao controlo do tribunal de justiça da Comunidade através do recurso de incumprimento contra o estado membro incumpridor (Tratado UE, artigos 169, 170 e 171). Curiosamente, o direito comunitário fornece hoje os exemplos mais ‘dirigentes’ do direito actual”.

349 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 258.

Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder a certos fenótipos político-organizacionais, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”³⁵⁰.

De outra parte, há autores³⁵¹ que defendem uma visão da Constituição como conjunto de normas (normas-regras e normas-princípios) por si efetivas³⁵², passíveis de aplicação direta, sem mediação legislativa. Sobre a Constituição brasileira, Clèmerson Merlin Clève afirmou que, “exceto radical mutação da compreensão de seus termos, [ela] não dá mostras de tolerar sua transformação em centro de uma ordem jurídica meramente parcial. Ela reivindica a condição de centro de uma ordem jurídica total”³⁵³. A propósito da normatividade dos princípios, Eros Roberto Grau escreveu:

Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como demonstra Jean Boulanger, os princípios portam em si pressuposto de fato (*Tatbestand*, hipótese, *facti species*) suficiente à sua caracterização como norma³⁵⁴. Apenas o portam de modo a enunciar uma série indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas,

350 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 110.

351 Por todos, conferir, entre nós, KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos – uma visão comparativa. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36 n^o 144 out.-dez. de 1999, p. 239-260.

352 Os princípios são espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras, dessas diferindo em grau, qualidade e funcionalidade. Possuem, porém, força normativa, na medida em que servem de fundamento para juízos concretos de dever-ser.

353 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In.: *Constituição e democracia*: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46-47.

354 Com efeito, não se deve confundir a baixa carga semântica dos princípios com ausência de força normativa.

não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas.³⁵⁵

Saber como essa *crise do dirigismo* se revela em cada país implica investigar o comportamento do Poder Judiciário nacional, especialmente o seu órgão de cúpula. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal vem conferindo eficácia (inclusive generalizante) a normas constitucionais materiais independentemente (e às vezes contrariamente, como veremos) da regulação legislativa infraconstitucional, sempre que entende que a realidade social está a exigir a eficácia e concretude do direito encartado na norma – convolvando-a em norma efetiva com a sua concretização. Ainda que o *resultado* se possa questionar (especialmente quando implique elaboração de norma genérica e abstrata³⁵⁶ ou realização de política pública tipicamente a cargo do Poder Executivo), o *pressuposto*, não: o Judiciário age porque não pode se furtar a apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que se trate de direito *prometido*).

Como se vê, prospere uma ou outra tese sobre a efetiva normatividade dos direitos fundamentais, a necessidade de uma atuação e interpretação judiciais fortes passou a fazer parte da vida dos textos constitucionais, marcando uma nova versão do Estado de Direito, que poderíamos chamar de *Estado de Direito de direitos*.

[...] os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.³⁵⁷

A forma como o Judiciário passou a atuar em torno dos textos jurídicos, especialmente os constitucionais, é o tema do próximo item.

355 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 125-126.

356 Tema do Capítulo V deste texto.

357 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

3.2.1 Que isto, o “ativismo judicial”? *Expressões de um fenômeno incontornável* (ou uma *Hydra*³⁵⁸ *de faces assimétricas*)

Em sistemas de inspiração romanista, como o brasileiro, estribados na *norma legislada* como fonte primordial de direitos (supostamente vocacionada para uma única interpretação *correta*, pelo menos se “mantidas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico”³⁵⁹), origem da autoridade do Estado e, não menos importante, instrumento capaz de conferir-lhe estabilidade, segurança e previsibilidade, somos naturalmente levados a crer que qualquer forma de interferência judicial em seu *conteúdo* é perniciosa, perigosa e antidemocrática. Iguamente, decisões que lhe desbordem o sentido permitido pelo texto ou, ainda, que se imiscuam na atividade típica de outro Poder estariam, só por isso, a merecer semelhante reprovação. Foram, afinal, séculos de desconfiança contra a classe da magistratura, por um lado, e de adesão ao argumento da racionalidade, legitimidade e, pois, supremacia do Legislativo, por outro (note-se, a esse respeito, que a mera *possibilidade* de cada juiz conferir ao texto legal a interpretação que melhor lhe apraza, transformando a jurisdição numa espécie de *sistema aleatório*³⁶⁰, robusteceu por anos a tese de que a interpretação deveria ser vedada aos magistrados ou reduzida ao mínimo, competindo ao legislador o monopólio da fixação do sentido inequívoco do texto legal – que se pretendia exauriente do próprio direito, numa identificação plena entre *texto e norma*).

Se pensarmos, porém, que interpretar³⁶¹ é um processo mental, cultural e existencial (participando da estrutura constitutiva do *Da-*

358 Na mitologia grega, a *Hydra de Lerna* era um animal fantástico, com corpo de dragão e muitas cabeças de serpente (sete, nove ou mais, a depender da versão consultada), derrotada por Hércules em um dos *doze trabalhos*. A *Hydra do ativismo* tem, em nossa alegoria, sete cabeças, como indicaremos.

359 DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: DANTAS, Bruno et alii. (Organizadores). *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois* (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31.

360 Sabemos que não é assim. A doutrina e a atividade judiciais se preocupam com as exigências de racionalidade e legitimidade do discurso judicial, seja o direito visto como um dado moral e ontológico (como em Ronald Dworkin) ou como um produto da retórica (como em Robert Alexy).

361 Aqui entendido no contexto da unificação da hermenêutica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) proposta por H-G Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 131).

sein, isto é, do *ser-aí*, segundo a ontologia de M. Heidegger e H-G Gadamer) incontornável e incoercível, e que qualquer imissão no *valor* de um objeto cultural – seja uma obra de arte, um texto literário ou, no que nos interessa, um diploma legal – pode ser vista como *ativista* (é amplamente conhecida a afirmação de Lévi-Strauss no sentido de que o mero *olhar* do antropólogo é capaz de alterar a cultura observada³⁶²), veremos que não se trata, isto, o *ativismo*, de algo *sempre* tão perigoso^{363,364} (pelo menos não em todas as suas formas de expressão), mas, antes, dotado de um profícuo sentido³⁶⁵: a limitação e fiscalização do trabalho legislativo (o controle de constitucionalidade, que é uma das feições do constitucionalismo) e a densificação de direitos fundamentais (especialmente aqueles dedicados à proteção de minorias, como veremos no Capítulo V deste texto).

A história constitucional dos Estados Unidos da América e do surgimento, naquele país, do controle de constitucionalidade das leis, em si mesmo uma forma (logicamente necessária, no plano das Cons-

362 Proposição semelhante foi declara(ma)da por Wiliam Blake: “For the eye altering, alters all.” (verso de *The Mental Traveller*. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/235/134.html>>. Acesso em: 30 de dez. de 2011).

363 R. Dworkin trata o ativismo de maneira unitária e negativa: “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 o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451). É importante, porém, que se diga que ativismo, em R. Dworkin, significa uma conduta de ruptura com a construção jurisprudencial edificada sobre a interpretação de dado princípio constitucional. Trata-se de leitura estrita do fenômeno e, portanto, inservível a sistemas romanistas.

364 Entre nós, Elival da Silva Ramos (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010) toma o *ativismo judicial* como sinônimo de extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário, revestindo-o de conotação monoliticamente negativa.

365 “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013). Nossa discordância com Luís Roberto Barroso, especialmente quanto aos casos citados, será exposta nos Capítulos IV e V deste texto.

tituições rígidas, e em muitos textos institucionalizada) de ativismo³⁶⁶, parece-nos bastante reveladora do primeiro ponto (fiscalização da atividade legislativa em face da autoridade do texto constitucional). De fato, inicialmente, na chamada *Era Tradicional*³⁶⁷ da interpretação da Constituição, em especial no âmbito da *Corte Marshall*, o propósito da jurisdição constitucional consistia em manter a *vontade* do documento fundamental (que precisaria ser descoberta), como ficou claro em julgamentos como *Marbury vs. Madison*, *Gibbons vs. Ogden* (1824), *Ogden vs. Saunders* (1827) e (o reacionário) *Dred Scott vs. Sanford* (1857), nos quais se afirmou a necessidade de o foco da interpretação concentrar-se no texto constitucional e na interpretação literal das suas palavras³⁶⁸⁻³⁶⁹.

Ao discorrer sobre essa *Era*, C. Wolfe³⁷⁰ demonstrou que, ao contrário da concepção relacionada ao *realismo jurídico*, segundo a qual atividade jurisdicional de interpretação do direito teria sido **sempre** uma atividade legislativa, na verdade, e tradicionalmente, a interpretação constitucional não tinha inicialmente esse caráter nem existiu desde logo algo como uma *legislação judicial*. Uma avaliação séria do nascedouro da interpretação constitucional nos Estados Unidos – in-

366 Pensamos assim com apoio em Hans Kelsen, que, na tarefa de censurar as leis (Kelsen recusava a figura da nulidade das leis), via o órgão de cúpula do Judiciário atuar como um legislador negativo, embora estritamente vinculado à Constituição: “Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que a sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com um sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa.” (Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público* nº 1, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130).

367 WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 17 e ss.

368 C. Wolfe dedicou-se a demonstrar que as técnicas de interpretação adotadas e efetivamente aplicadas pelo Chief of Justice John Marshall representaram propriamente a afirmação da vontade da lei, tornando-o o intérprete fiel de um grande documento, e não o conformador de um documento ambíguo (Capítulo II, John Marshall and Constitucional Interpretation, de WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 39-72).

369 Terreno perigoso e que dividiu mesmo os dois principais redatores dos *Federalist Paper's*, James Madison e Alexander Hamilton. Embora ambos concordassem que a intenção por trás do texto constitucional poderia constituir guia valioso de interpretação, A. Hamilton (mais “gadameriano”, permitimo-nos dizer) tinha predileção por encontrar referências no próprio texto constitucional, enquanto J. Madison (mais à moda W. Dilthey) buscava referência nos textos daqueles que ratificaram o texto constitucional e elaboraram suas emendas.

370 WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 39 e ss.

terpretação essa não apenas judicial, mas do próprio Congresso e dos pensadores políticos – demonstra, realmente, que não se pode confundir a atividade de interpretação judicial com uma atividade legislativa, não devendo essa premissa ser utilizada como justificativa para o ativismo judicial hoje observado em solo norte-americano³⁷¹.

Tomemos, com efeito, em consideração o mais famoso caso da história do sistema de controle de constitucionalidade, quicá do constitucionalismo, o já referido *Marbury vs. Madison* (1803). Para responder à questão principal acerca do direito às nomeações dos chamados *midnight judges*, John Marshall, com o propósito de evitar interferência direta do Judiciário, tratou-a como caso de garantia de um direito que dependia de um ato não político a ser praticado por uma autoridade do Executivo. Para tanto, particionou a questão central em quatro distintas: tinha William Marbury direito à nomeação? James Madison podia ser legalmente compelido a cumprir os exatos condicionantes desse direito? A via processual para buscar esse direito era o *writ of mandamus*? A Suprema Corte tinha autoridade para emitir tal ordem?³⁷², ao final das quais restou instalado o controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, mas na forma de um *breve argumento*, quase um *obter dictum*: “É, sem duvida, competência e dever do ramo judicial dizer como é a lei. Os que a aplicam a casos particulares devem, necessariamente, explicá-la e interpretá-la”, afirmou J. Marshall, recordado por C. Wolfe.³⁷³

371 WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 39 e ss.

372 Para John Marshall, o ato de nomeação não dependia da entrega do documento respectivo para aperfeiçoar-se, do que decorria o direito de W. Marbury à nomeação. Se W. Marbury tinha direito, tinha também uma ação para reivindicá-lo, o writ of mandamus. Restava saber se a Suprema Corte era competente para emitir a ordem à J. Madison. W. Marbury acionara a Corte em obediência ao Judiciary Act of 1789, que a definia como competente para a emissão de ordem de mandamus contra atos de “pessoas cargos, sob a autoridade dos Estados Unidos”. J. Marshall, contudo, manteve a distinção, no seio da competência da Suprema Corte, entre competência originária e recursal, aquela tendo lugar apenas quando partes um Estado, embaixadores estrangeiros etc. Dessa maneira, concluiu que, para autoridades do nível de James Madison, a Corte só poderia emitir ordens no exercício da jurisdição recursal.

373 WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 83 (“It is, emphatically, the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule.”) (Tradução livre).

O ativismo foi, como se vê, em um primeiro momento e nessa primeira forma, cauteloso³⁷⁴. Com efeito, uma semana após *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte norte-americana se recusou a julgar a constitucionalidade da *lei dos circuitos judiciários*, o *Judiciary Act* de 1801³⁷⁵. Ademais, revelou, logo em seguida, uma *natureza conserva-*

374 Para dar robustez à tese, C. Wolfe analisa as regras de interpretação adotadas por J. Marshall, fazendo-o por meio da análise de seu posicionamento em casos concretos célebres. De acordo com C. Wolfe, J. Marshall defendia que as palavras fossem entendidas conforme seu uso cotidiano, inclusive em conformidade com a natureza popular do documento constitucional. Na impossibilidade, contudo, de aplicação desse uso cotidiano – o que ocorreria apenas se dessa aplicação decorresse um resultado absurdo –, seria lícito ao intérprete recorrer às práticas governamentais ou ao uso legal do termo em questão, a fim de obter o melhor resultado interpretativo. Competiria aos juízes, ademais, analisar as implicações das palavras que compõem o texto, e não somente observar o seu sentido literal. Todavia, se as palavras estivessem absolutamente claras, para o intérprete não haveria senão aplicá-las. De outro lado, na impossibilidade de aplicação direta, a finalidade da norma proporcionaria um auxílio valioso. É nesse sentido que se valorizaria o contexto em que inserida a norma, o qual poderia ser definido no próprio texto constitucional ou até mesmo em dada frase. O contexto se desdobraria, ainda, na matéria. Ao estudar a matéria da Constituição, J. Marshall tomaria duas espécies de considerações: (i) a natureza de uma Constituição; e (ii) as necessidades do governo. Quanto ao primeiro aspecto, Marshall defendia, segundo C. Wolfe, que a natureza da Constituição é a de um documento obtido por meio da vontade popular, em momentos de agitação e mobilização ímpar, em que os cidadãos entram em acordo sobre os princípios fundamentais que devem reger a vida em sociedade. Dessa forma, tendo em vista que momentos como esse são escassos, há uma pretensão de superioridade da Constituição frente às demais normas, além de uma suposição de duração ampla do documento, que se deve propagar no futuro. As necessidades do governo seriam também parte da matéria que compõe as disposições constitucionais. Dessa forma, a conveniência de uma dada interpretação para o bom funcionamento do governo não deveria sobrepor-se ao texto constitucional em si, mas deveria ser levada em consideração na cadeia interpretativa. Seria, pois, absolutamente excepcional o recurso a artifícios interpretativos capazes de modificar o sentido dos termos empregados pelo constituinte (para J. Marshall, a modificação de sentido do texto apenas seria possível se dele resultassem interpretações absurdas). Por fim, o último dos recursos utilizados por Marshall para auxiliar o processo interpretativo seria o recurso à intenção, que tanto poderia ser intrínseca – percebida no próprio documento –, quanto extrínseca – retirada de textos legais, doutrinários, debates. Nesse sentido, Marshall afirmaria a necessidade de preservação do espírito do documento, ressaltando, entretanto, que esse espírito é definido pelas próprias palavras que o constituem, as quais devem ter sempre prevalência no processo de interpretação. Sobre as fontes extrínsecas, menos utilizadas por J. Marshall, C. Wolfe ressalta que elas não se destinavam a captar as expectativas dos constituintes no momento de elaboração do texto constitucional, mas, sim, a extrair o que se pretendia dizer com aquelas palavras. (WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, Capítulo II, John Marshall and Constitutional Interpretation, subcapítulo I, Marshall's Rules of Interpretation, p. 41-40).

375 *Stuart vs. Laird* (1803).

*dora*³⁷⁶, porquanto “foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937).”³⁷⁷ A situação se inverteria

completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).³⁷⁸

O controle de constitucionalidade, como se sabe, não possui apenas uma expressão irreprochavelmente produtiva e positiva, bem conciliada com o sistema de freios e contrapesos (um dos casos mencionados por Luís Roberto Barroso, que apreciaremos, bem o demonstra): realmente, não se pode ignorar que a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição³⁷⁹ (em que prevalece a *visão judicial*, que acarreta, não raramente, a substituição de escolhas

376 Isto é, de manutenção do status quo em benefício das forças econômicas dominantes. O caso *Lochner vs. New York* (1905) deu origem ao governo dos juizes, com a derrubada de toda a legislação social de defesa do trabalhador em razão da interpretação substantiva da cláusula do contrato. A partir desse caso, o Poder Público precisaria provar a constitucionalidade da lei ou do ato, invertendo o esquema da presunção de constitucionalidade.

377 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 24 de jun. de 2013.

378 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 24 de jun. de 2013.

379 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

legislativas por escolhas judiciais) deve inspirar cuidado, sob pena de vivenciarmos um *governo de juízes*³⁸⁰.

A par dessas considerações, impõe-se mencionar que o ativismo é fenômeno de múltiplas facetas e de difícil definição ou mesmo identificação³⁸¹. Como conceituá-lo ou divisá-lo dentre as espécies de atuação *insuspeitável* do Judiciário? Não é tarefa fácil. Mesmo a origem da expressão é curiosa, remontando ao artigo *The Supreme Court: 1947*³⁸², publicado na Revista *Fortune* pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., que procurava diferenciar duas correntes antagônicas na Corte estadunidense da época (a *Corte Vison*): *judicial activism* (ativismo judicial) e *judicial self-restraint* (auto-contenção judicial). Segundo A. Schlesinger Jr., integravam a primeira os *justices* Hugo Black, William Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy, havidos como *progressistas* por perseguirem resultados efetivos de justiça social em favor dos necessitados. Na segunda, encontravam-se Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton, que, jungidos a um procedimentalismo mais puro, entendiam competir ao Poder Legislativo a elaboração de políticas voltadas para questões sociais por meio das maiorias. Stanley Reede o *Chief of Justice* Fred M. Vison ocupariam posição intermediária, a depender do caso posto em julgamento.

Quantas cabeças possui essa *Hydra*? Não foram poucos os autores³⁸³ que buscaram *contá-las*. A fim de otimizar³⁸⁴ essa descrição,

380 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público* nº 1 – jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

381 Muitas vezes, determinada decisão recebe a pecha de ativista pelos “perdedores”, fato que coloca o termo como mero “discurso” (Cf. LINDQUIST, Stefanie A. & CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009).

382 BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr. in action, in archives, in history*. St. John’s University School of Law, New York City. Disponível em <<http://www.stjohns.edu/media/3/fb29f4a2aa0c4dd391ec8a3b2edc452c.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2013.

383 David Forte organizou, em 1972, livro destinado a debater e estruturar o *ativismo judicial*. Da publicação tomaram parte, entre outras figuras ilustres, os juízes Robert Jackson, John Marshall Harlan, Learned Hand, J. Skelly Wrigth, e os doutrinadores Alexander Bickel, Philip Kurland e Hebert Wechsler (FORTE, David F., Org. *The Supreme Court in american politics: judicial activism vs. judicial restraint*. Lexington, Mass, USA: D.C. Heath, 1972).

384 Thamy Pogrebinschi, de sua parte, defende que são muitas as definições de *ativismo judicial*. De todo modo, afirma que há aspectos jurídicos e sociopolíticos que identificam o magistrado ativista, a saber, a utilização de suas decisões para rever (e contestar) posturas dos demais poderes do Estado, bem como para promover políticas públicas, além de não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua

adotamos o esboço (não na mesma ordem) do Professor de Ciência Política da Universidade do Kentucky (EUA) Bradley C. Canon, que relacionou³⁸⁵ seis parâmetros, já considerados clássicos, a partir dos quais se pode qualificar como *ativista* uma conduta do Poder Judiciário: (i) *negação do majoritarismo* – negação ou, pelo menos, mitigação, de regras adotadas por meio do processo democrático; (ii) *desprezo pela estabilidade interpretativa* – alteração de decisões judiciais, doutrinas e interpretações; (iii) *infidelidade interpretativa* – interpretação de disposições constitucionais sem necessária conformidade com a intenção original ou o sentido da linguagem empregada; (iv) *criação de regra específica* – estabelecimento, por meio da decisão judicial, de regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; (v) *disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas* – suplantação, pela decisão judicial, da competência das outras instâncias de governo; (vi) *não distinção do processo democrático substantivo* – conversão da decisão mais numa regra substantiva geral do que em mera preservação do processo político democrático. A essas, adicionamos uma sétima: (vii) a *densificação*, no processo inter-subjetivo, de normas constitucionais programáticas.

Cumprindo indagar: todas essas mencionadas *cabeças* devem necessariamente provocar terror no jurisdicionado interessado (especialmente o brasileiro³⁸⁶) na forma como se conduzem os negócios do Estado e na preservação da *segurança jurídica* (proporcionada pela estabilidade e previsibilidade legais) e da *repartição de Poderes*, ancestrais arranjos que, inscritos na memória constitucional individual e social, tão bem serviram e ainda servem à proteção contra os arbítrios dos governantes? Respondemos: não todas, apenas duas delas.

Cuidaremos disso no tópico a seguir.

atividade. (POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo*. In.: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, nº 17, ago.-dez. de 2000, p. 2).

385 CANON, Bradley C. Judicial activism. In.: *Judicature*. Volume 66, number 6, december-january, 1983, p. 236-247.

386 Isso porque, como nos parece óbvio, o ativismo judicial deve ser considerado diferentemente na civil law e na common law, uma vez que nesse sistema a atuação do legislador e do Judiciário tem pontos de tangência no que concerne à elaboração da norma jurídica.

3.2.2. Ativismo judicial, constitucionalismo e separação de poderes

Tratamos do *ativismo judicial* no subitem precedente, mas não mencionamos a sua *ratio essendi*. É bem verdade que isso nos parece desnecessário, à vista de tudo quanto já se disse até o momento. Em benefício, porém, do didatismo e pretendo caráter científico deste texto, declinaremos que ele decorre de **um dado teórico** – a tendência de *principiologização do direito*, especialmente o constitucional, verdadeiro convite à atuação do Executivo e do Judiciário –, e **dois práticos** – o advento do modelo de *Estado intervencionista* e a crescente *complexização da realidade*, que expuseram a ineficiência dos Poderes, primeiro o Legislativo, depois o Executivo, na adoção de providências normativas políticas capazes de dar concretude ao ambicioso projeto social-democrático expresso no binômio *muitos deveres, muitos direitos*.

Esse Estado intervencionista, prestador de serviços, empresário e investidor fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo em detrimento dos demais (em especial o Legislativo, que dominara o século XVIII e parte do XIX), como tivemos ocasião de apreciar³⁸⁷. Da amplitude dos direitos sociais que os textos constitucionais passaram a encerrar desde a Carta de Weimar (de custosa implementação), porém, nem o Executivo pôde dar conta, razão pela qual o Poder Judiciário foi convocado pelos cidadãos, por meio do exercício do direito de ação, a intervir na condição de “efetivador de direitos”, evitando, assim, que a Constituição se tornasse peça de ornamento ou ficção.

Discorrendo sobre o caso brasileiro, Elival da Silva Ramos observou:

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conforma-

387 Conferir, neste Capítulo, os itens 1, “O advento do Estado moderno-social e da segunda geração constitucional”, 2, “O caráter essencialmente aberto e declaratório dos textos constitucionais”, 3, “Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes” e, em especial, o subitem 3.1 “A atuação positiva do Poder Executivo”.

dor da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno, pois, como ensina Konrad Hesse, “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”. Tenho para mim que se trata de arroubos reveladores de imaturidade institucional, próprios de um Estado com escassa experiência democrática e que vive as primeiras décadas de vigência de uma Constituição que sinalizou, efusivamente, para dias melhores, como é próprio das Constituições programáticas de nosso tempo.³⁸⁸

Realmente, o recurso desmedido à constitucionalização de direitos mediante normas de eficácia contida ou programáticas, antes que uma tentativa sincera de conciliação entre *Estado* e *sociedade* (que demandava a intervenção do poder público no mundo material com o objetivo de solver disfunções de igualdade no plano político e econômico), revelou-se uma estratégia evasiva e *diversionista* daquele ente, que, incapaz de cumprir as promessas ambiciosas fixadas na Constituição, deu-lhes uma forma que lhes obstruía a juridicidade, funcionalidade e o poder de reivindicação dos grupos sociais organizados, que quedaram, por largo tempo, na inércia da espera de cumprimento do *programa* – permanecendo, todavia, irreduzível, a distância entre o *normativo* e o *real*, uma vez que a efetividade das normas estava na dependência da avaliação de critérios de oportunidade e conveniência que constituem monopólio do próprio Estado.

Em resumo, o *ativismo judicial* pode ser entendido como subproduto das dimensões paquidérmicas assumidas pelos Estados contemporâneos, em contrapartida à velocidade das comunicações e aos reclamos da cidadania, fatores que levaram os tribunais³⁸⁹, preocupados com a não

388 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273.

389 O núcleo da produção normativa transitou, num primeiro momento – de um Estado que faz do reconhecimento e efetivação dos direitos sociais a própria razão de sua existência, alcançando à condição de fundamentais os direitos sociais –, do Parlamento para o Poder Executivo, que se revelava mais bem aparelhado para responder às sofisticadas demandas sociais, marcadas por um tecnicismo inédito e com as quais não reunia o Legislativo condições de lidar.

Do ponto de vista do constitucionalismo, o advento dos direitos fundamentais positivos, ou de prestação, revelou a incapacidade de a inércia estatal satisfazer a população, que passou

efetivação dos direitos subjetivos potencialmente decorrentes das normas constitucionais de *prestação*, em vista do argumento grandiloquente de sua já-previsão no Texto Básico, a pressionarem diretamente e mesmo a exercerem funções de administradores públicos e legisladores.

Considerando, todavia, que os três *ramos* do poder têm natureza política, é óbvio que o *agigantamento* do Judiciário (*branch* ao qual o *federalista* Alexander Hamilton se reportou como tendo apenas juízo, dependendo do executivo para cumprir suas decisões³⁹⁰) e o *monopólio* por ele exercido sobre a *vida civil*³⁹¹ provocaram e provocam fricções com os dois outros.

Vale ressaltar que, mesmo nos Estados Unidos, país cujo sistema retira parte considerável de sua estabilidade da força dos precedentes, sequer a Suprema Corte tem sua autoridade inquestionável. Realmente, com o governo política e normativamente constrangido³⁹², o 32º presidente, Franklin Delano Roosevelt, cogitou aumentar o número de membros da corte com o propósito de evitar que a legislação do *New Deal* (programa destinado a combater a *Depressão* por meio de medidas de controle da economia) sucumbisse à ideologia do *laissez faire* predominante no tribunal³⁹³. A providência acabou não sendo necessária, ante a mudança de posicionamento da Corte³⁹⁴.

a exigir cada vez mais a presença, e não o afastamento, do Estado na regulação da vida e dos negócios civis. O ente estatal passou a assumir responsabilidades, sobretudo legislativas, que não se esgotavam na simples revelação e positivação de regras de comportamento espontâneas, devendo, antes, intervir materialmente no regramento da vida comunitária.

390 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 129-130. (“O Poder Judiciário tem somente juízo, e depende do Executivo para fazer cumprir as suas decisões.”) (“El poder judicial tiene solamente juicio, y hasta depende del ejecutivo para hacer cumplir sus decisiones.”) (Tradução livre).

391 Em *A democracia na América*, Alexis de Tocqueville já registrara: “[...] quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial”. (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 317).

392 Numa série de decisões tomadas por maioria de votos nos anos de 1935 e 1936, a Suprema Corte declarou inconstitucionais leis e outros diplomas editados pelo Congresso Nacional com a finalidade de recuperar a economia norte-americana.

393 O caso *West Coast Hotel vs. Parrish* (1937) foi o primeiro a assinalar a vitória de Roosevelt: por um voto de diferença, a Corte passou a *proteger* a legislação intervencionista do Estado.

394 Franklin Delano Roosevelt encaminhou ao Congresso projeto de lei que previa a possibilidade de acrescer à Corte um juiz para cada membro que tivesse mais de 70 anos de idade. Com essa medida, a Corte passaria a ter, temporariamente, 15 justices, permitindo ao

Antes, o 25^o (e também 26^o) presidente norte-americano, Theodore Roosevelt, já se manifestara sobre o poder dos juízes em mensagem enviada ao Congresso em 8 de dezembro de 1908:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.³⁹⁵

O fato que torna o *ativismo judicial* capaz de provocar atritos com os demais Poderes é que as Cortes não apenas podem se *descolar da realidade*, mas também ocupar espaços atribuídos constitucionalmente aos demais Poderes (que possuem características mais adequadas para levar a cabo a tarefa, como veremos) ou por eles *ocupados* (caso do Executivo em relação à *legislação de emergência*).

Entre nós, Francisco Campos *resolveu*³⁹⁶ a tensão entre o Poder Judiciário e o governo, no âmbito da Constituição de 1937, por meio da atribuição ao Congresso do poder de confirmar ou não a constitucionalidade de uma lei, *cassando*, conforme o caso, decisão do Supremo Tri-

Executivo nomear pessoas favoráveis aos seus programas. O projeto foi rejeitado pelo Senado, mas a Corte revisou sua posição e passou a manter a legislação do New Deal, embora por estreitas margens. Essa alteração de posicionamento ficou conhecida como “the switch in time that saved nine”.

395 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 5; COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo ou criação judicial do direito?* Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em 25 de julho de 2013.

396 Em entrevista à Revista Forense, Francisco Campos revelou ter buscado inspiração para o instituto na crítica ao *judicial review* existente nos Estados Unidos (CAMPOS, Francisco. *Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro*. In.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229).

bunal Federal³⁹⁷⁻³⁹⁸⁻³⁹⁹. Esse instituto, que atualmente se pretende reavivar por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011⁴⁰⁰,

397 “**Art. 96.** Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

398 No regime da Constituição austríaca, Hans Kelsen solveu esse embate de um modo formal e *ex ante*, considerando legislativa a tarefa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo Judiciário, que a esse pretexto agiria como *legislador negativo*, uma repartição do legislativo (KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição – Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. In.: *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151- 152).

399 Tornaremos a esse tema no item 3 (“Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: a *revisão judicial* se torna *visão judicial*”) do Capítulo V deste texto.

400 “Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

Art. 1º O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 97. Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. (NR)’

Art. 2º O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§ 5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no § 4º implicará sua aprovação tácita.

§ 6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a

revela o conflito entre a jurisdição constitucional e os demais Poderes do Estado.

Retomando, a lista de comportamentos ativistas elaborada por Bradley Canon, à qual nos referimos no subitem anterior, é o momento de analisar quais feições do *ativismo* importam em possível ofensa ao regime da separação de poderes.

A **primeira** delas, *negação do majoritarismo*, não constitui óbice a uma atuação forte do Poder Judiciário desde que a *supremacia do Legislativo* deixou de ser o princípio orientador exclusivo do Estado de Direito⁴⁰¹. Com efeito, não basta que seja a lei resultado da vontade po-

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. (NR)

Art. 3º O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

‘Art. 102. [...].

§ 2º-A. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B. A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§ 2º-C. É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.”

401 Na realidade, é mesmo discutível qualificar como ativista uma Corte que se dedica à função contramajoritária. Escrevendo sobre a Corte Warren, Rebeca Zietlow ponderou: “Os críticos da Corte Warren não são os únicos que veem a Corte como um paradigma do tribunal ativista. Muitos partidários da Corte exaltam justamente o seu ativismo, mostrando o que Laura Kalman chama de visão ‘religiosa e mística’ da Corte Warren. Por exemplo, um dos mais fervorosos partidários da Corte, Owen Fiss, argumenta que, embora a Corte tenha se voltado para os movimentos sociais e tenha respondido às circunstâncias históricas, ‘A verdade da questão é que foi a Corte Warren que impulsionou as grandes mudanças do futuro, inspirou e protegeu aqueles que procuravam implementá-las’. Para Fiss e outros partidários da Corte Warren, esta foi heroicamente contramajoritária, defendendo os direitos das minorias, em oposição aos órgãos políticos. Outros estudiosos têm argumentado que este ponto de vista da Corte Warren é histórico, pois suas leis, em grande parte, seguiram a política da época. No entanto, o parecer da Corte Warren como ‘ativista por excelência’ persiste dentro e fora da arena acadêmica.

A opinião geral da Corte Warren como grande ativista defensora dos direitos das minorias contra a tirania majoritária é compreensível, dado o fato de que a maioria dos estudiosos constitucionais ou cresceram durante a era da Corte Warren ou foram ensinados por professores de Direito Constitucional que cresceram nessa época.”

pular; é preciso que tenha sido elaborada com respeito às regras do processo legislativo e sem ofensa a preceitos encartados no texto magno, especialmente aos direitos das minorias (tornaremos a esse ponto no Capítulo V). Recusá-lo é negar a possibilidade de combate aos excessos da maioria pelo Judiciário, que exerce salutar função contramajoritária.

A **segunda**, *desprezo pela estabilidade interpretativa*, também não deve atemorizar a ninguém, porquanto hoje se reconhece que mesmo o texto da lei, do qual se deve extrair a norma, precisa ser lido de acordo com o contexto, sob pena de sua *imutabilidade* condená-lo ao envelhecimento e inefetividade. Como não há interpretação que não se vincule a um momento histórico no qual situados *sujeito e objeto* (Heidegger-Gadamer), o que deve importar não é tanto a mudança de orientação hermenêutica ou o tempo em que se dê, mas, sim, a sua legitimação retórica, lógica e capacidade de convencimento. Ademais, é preciso fazer referência à crítica de Lenio Luiz Streck⁴⁰², para quem a atribuição de força vinculante e perenidade a uma interpretação (positivada por uma *súmula vinculante*, por exemplo), tornando-a paradigma necessário para casos não necessariamente idênticos, mas

“Critics of the Warren Court are not the only ones who view the Court as a paradigm of the activist Court. Many supporters of the Court extol precisely its activism, exhibiting what Laura Kalman calls a ‘religious and mystical’ view of the Warren Court. For example, one of the Court’s most ardent supporters, Owen Fiss, claims that although the Court drew on social movements and responded to historical circumstances, ‘The truth of the matter is that it was the Warren Court that spurred the great changes to follow, and inspired and protected those who sought to implement them.’ To Fiss and other supporters of the Warren Court, the Court was heroically anti-majoritarian, championing the rights of minorities in opposition to the political bodies. Other scholars have argued that this view of the Warren Court is a-historical because the Warren Court’s rulings largely tracked the politics of the era. Yet the view of the Warren Court as the quintessentially activist’ Court persists both in and outside the academic arena.

The widespread view of the Warren Court as an activist champion of minority rights against majoritarian tyranny is understandable given the fact that most constitutional scholars either grew up during the Warren Court Era, or were taught by constitutional law professors who grew up during that era.” (ZIETLOW, Rebeca E. The Judicial restraint of the Warren Court – and why it matters. In.: *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, No. 2, 2008, January 23, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=960144> 2007>. Acesso em: 17 de julho de 2013>. (Tradução livre).

Retornaremos a esse tema no Capítulo V (em especial nos itens 4 e 5), ao discutirmos a proteção procedimentalista das minorias como função da jurisdição.

402 STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 240 e ss.

apenas *assemelhados*, é capaz de produzir tanta injustiça substancial quanto a imposição *sem* mediação interpretativa da lei abstrata. Dito de outro modo, a mudança de orientação jurisprudencial, *per se*, não converte uma Corte em ativista. Feita com rigor (com respeito aos limites impostos pelo texto) e em atenção aos cânones da hermenêutica ontológico-linguística de M. Heidegger e H-G Gadamer, esse dado, em verdade, acaba por legitimar socialmente a decisão judicial.

A **terceira**, *infidelidade interpretativa*, com menos razão ainda é motivo de preocupação, salvo para aqueles filiados à tese *originalista* (corrente que proclama ter a Constituição um único sentido, dado pelos *founding fathers*⁴⁰³ e restrigente de quaisquer outros) ou ainda crentes num legislador racional, *omni* compreensivo, justo, linguisticamente preciso e coerente, conhecedor de todas as circunstâncias fácticas abrangidas pela norma positiva e capaz de dar ao texto dela um sentido unívoco⁴⁰⁴.

Recusar à lei e, em especial, à Constituição uma interpretação operativa significa negar o caráter dinâmico da linguagem e plurissignificativo dos textos normativos, bem assim a sua possibilidade-necessidade de atualização, mutação⁴⁰⁵ e prosperidade, características que obstam a tese da resposta única do direito, sobremaneira no campo da jurisdição constitucional.

403 Segundo Thomas Jefferson, se a Constituição tiver de ser interpretada conforme a vontade de quem a criou, teremos o governo dos mortos sobre os vivos.

404 Para Alexander Hamilton, um dos autores dos *Federalist Paper's* (nº 78), a correta interpretação da Constituição dependeria de acurada leitura do texto constitucional, entendida com especial cuidado com o significado das palavras, a fim de não desnaturar a intenção do constituinte originário. Deveriam ser investigados também o teor geral e o espírito da Constituição.

Diferentemente, James Madison propunha que se buscasse referência preferencialmente nos textos daqueles que ratificaram o texto constitucional e que elaboraram as suas emendas. As ratificações estaduais seriam o elemento de interpretação da Constituição mais relevante, pois demonstrariam a real intenção do povo. Hamilton considerava o recurso à vontade dos constituintes suspeita, na medida em que esta vontade não se mostra unânime nem na ocasião em que se elabora o texto constitucional, menos ainda no momento da interpretação do referido texto (para Hamilton, o uso abusivo desse recurso interpretativo pode distanciar a Constituição do povo por ela governado, tornando-a passível de interpretação apenas pelos historiadores do Direito e não mais pelo povo propriamente dito).

405 Em *A democracia na América*, Alexis de Tocqueville se referiu à suprema corte como uma "constituinte em plena atividade" (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 316).

[...] as inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade constitucional são tidas em conta apenas de duas maneiras, as quais a teoria geral do Estado deu a denominação de reforma constitucional e mutação constitucional. [...] Na mutação constitucional [...] se produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que fique incorporada dita transformação no documento constitucional: o texto da constituição permanece intacto.⁴⁰⁶

A **quarta**, *criação de regra própria específica*, se nos mostra consectário lógico da necessária auto-organização e administração do Poder, à semelhança dos demais. Promovendo um salto analítico, entendemos que a **sétima**, *densificação, em processos intersubjetivos, de normas constitucionais programáticas* (veiculadoras de direitos fundamentais sociais), se não implicar em formulação de política pública ou estabelecimento de programa dependente de lei (restringindo-se, pois, à satisfação da pretensão subjetiva), também não deve inspirar receio.

A quinta e a sexta cabeças da Hydra, sim, representam risco à democracia, porquanto podem ensejar – na verdade, já ensejaram – o surgimento de um superpoder, que não apenas avança sobre esferas de competência dos demais, estimando a realidade e determinando a adoção de políticas públicas (judicialização da vida e da política⁴⁰⁷), como também interfere na organização do Estado e na esfera individual, criando direitos e obrigações gerais, abstratos e erga omnes (ativismo normativo).

Essas as cabeças da Hydra que entendemos potencialmente violadoras do núcleo essencial do sistema de repartição de poderes imaginado pelos ingleses, preocupados mais com a autocontenção do poder e a preservação das liberdades do que com o caráter mecânico e estático da divisão do poder em funções.

Por outro lado, é preciso dizer que assim como o arranjo da divisão de poderes resultou da inflexão da razão sobre um momento da realidade histórica⁴⁰⁸ – o mecanismo de caráter liberal praticado no

406 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 64.

407 A discussão é séria e, como já dissemos, merece tratamento adequado. Não constitui, porém, propósito deste texto investigar os limites da *judicialização das políticas públicas*.

408 Como vimos no Capítulo II, a divisão de poderes não possui uma fórmula universal e apriorística, devendo ser apreciada sempre à luz do regime constitucional adotado pelo Estado que se pretenda analisar. Recebeu ela, com efeito, inúmeras configurações, destinadas

reino da Inglaterra –, não possuindo uma fórmula universal e apriorística⁴⁰⁹, também a judicialização e a legislação judicial decorrem de uma imposição da realidade: a não implementação de política pública relevante por parte do Executivo ou do Congresso (casos em que o ativismo é uma exigência dos demandantes⁴¹⁰) ou a paralisia ou negação parlamentar relativamente à densificação legislativa de direito constitucional (casos em que o ativismo resulta de orientação deliberada⁴¹¹ do Judiciário por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição sem deixar espaços de poder, por mais autorização constitucional que tenha essa omissão).

A nosso juízo, pois, mais relevante do que discutir eventual malferimento de uma divisão de poderes dogmaticamente concebida pela só existência da judicialização ou da legislação judicial é procurar maneiras de evitar, na prática, que o Poder Judiciário se hipertrofie e sufoque, irremediavelmente, os demais. No que concerne à criação judicial do direito, isso significa delimitar-lhe o espaço legítimo: como adiantamos desde a Introdução deste texto, a garantia de sobrevivência (fática ou digna) das minorias frente à maioria num sistema de democracia representativa por meio da efetivação de direito fundamental a tanto imprescindível.

a atender às especificidades, necessidades e condições da superestrutura política e, porque não dizer?, da infraestrutura social econômica dos países adotantes individualmente considerados.

409 Como tivemos ocasião de apreciar, na Europa continental pretendeu-se dar a esse arranjo uma formulação dogmática universal.

410 Porquanto “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”, na feliz síntese de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em: 24 de jun. de 2013).

411 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013). Realmente, o ativismo é uma postura, uma forma de agir, um modo de exercício da função jurisdicional.

CAPÍTULO IV – A SUPREMACIA DA INTERPRETAÇÃO: PERSUASÃO E VINCULATIVIDADE NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL (DO RETÓRICO AO ÔNTICO)

1. Jurisdição constitucional e violência hermenêutica. 2. Do império da lei ao império da jurisprudência. 2.1. O incontornável da concreção interpretativa e a *necessidade* do precedente. 2.2. O fenômeno da axiomatização jurisprudencial e sua repercussão sobre a estrutura das fontes do direito no sistema civilista: do racionalismo ao empirismo. 3. Sincretismo sistêmico e criação judicial de direito genérico, abstrato, vinculante e original *ex nihilo*. 4. A experiência brasileira de vinculação jurisprudencial: a produção de norma julgada *ex nova* e a objetivação dos processos e decisões. 4.1. A progênie dos assentos lusitanos e seus subprodutos (não tão) tardios. 4.2. O advento da súmula vinculante no Brasil: “mais realistas que o rei”. 4.3. A súmula de jurisprudência vinculante brasileira e sua posição normativa e nomogenética ao mesmo tempo *para* e *supra* legal. 4.4. O alastramento da objetivação e vinculação do discurso judicial no Brasil.

“Os Tribunais são as capitais do império do direito, e os juizes são seus príncipes”.

Ronald Dworkin

“A sociedade não pode sujeitar-se ao império de uma lei absurda, somente porque ela é uma lei.”

Olavo Bilac

*“O Letrado. Inda novel demandista, / um letrado consultou,
/ que, depois de cem perguntas, / tal resposta lhe tornou: /
'- Em Cujácios, em Menochios, / em Pegas e Ordenação, /
em Reinícolas e Estranhos / tem carradas de razão. / Sim,
sim, por toda essa estante / tem razão, razão demais.' / -
Ah, senhor ! (o homem replica) / Tê-la-ei nos tribunais?”*

Bocage

1. Jurisdição constitucional e violência hermenêutica

“À medida que a quantidade de escolhas cresce, [...] a escolha deixa de ser fonte de liberdade e passa a ser fonte de fraqueza.”

Barry Schwartz (economista norte-americano)

“Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um outro lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.”

Fernando Pessoa

“Enquanto um advogado curvado, de óculos no nariz, ao lume de uma lâmpada, folheia um autor, em busca da autoridade que lhe corrobore o argumento, e o encontra; o advogado adversário, curvado também, os óculos no nariz, ao lume de uma lâmpada, consulta atentamente o mesmo tratadista à procura da doutrina contrária – e acaba por encontrá-la.”

Francesco Domenico Guerrazzi

Na transição do *Antigo Regime* para o Estado moderno-liberal, assistimos ao agigantamento do Poder Legislativo⁴¹², que buscou consolidar-se, entre outras estratégias, por meio da dominação racional-linguística do fenômeno jurídico, afastando, com base na premissa de um direito autossuficiente, completo e açambarcante da realidade, o Judiciário da tarefa de interpretá-lo, porquanto naqueles tempos idos se considerava, por um lado, que a liberdade, isonomia, estabilidade e segurança jurídicas (promessas do nascente Estado de direito) de que indivíduos e sociedade (especialmente em sua estratificação econômica) necessitavam – e reivindicavam – decorreriam do discurso legislativo positivado na forma da lei (justa, infalível, unicompreensiva e inequívoca), e, por outro, que a classe da magistratura representava valores de personalismo, arbitrariedade e irracionalidade que deveriam ficar no passado.

Constatada, entretanto, no alvorecer do Estado moderno-social, a impossibilidade de o legislador conferir respostas prévias, satisfatórias e definitivas aos problemas sociais comuns a um mundo e a uma realidade cada vez mais complexos (marcados por invenções, progressos vários, fortalecimento da indústria de massa, agitações e manifestações político-sociais, embates bélicos e novos modelos de organização social) e em constante transformação, vimos afirmar-se o Executivo, dotado de recursos materiais (sobretudo financeiros) e humanos (especialmente técnicos), como Poder hábil a dar resposta às novas demandas e, assim, pacificar a comunidade civil num momento potencialmente *explosivo*.

No contexto dessa segunda geração de Estado moderno (*social*), constatamos a adoção de uma estratégia ambiciosa, mas falsamente progressista – na verdade, insidiosa e reacionária –, consistente na fixação, nos textos constitucionais, de importantes direitos fundamentais despidos de funcionalidade, à vista de sua efetividade (ou articulação, nitidez, precisão, na conhecida frase de Rui Barbosa⁴¹³) achar-se condicionada à edição de atos normativos infraconstitucionais ou infralegais complementares (estes sujeitos a juízos de conveniência e oportunidade exclusivamente executivo-legislativos), com o que *silenciaram* as reivindicações sociais.

412 Análise que empreendemos no Capítulo II deste texto.

413 O jurista baiano pontificou: “Garantias indefinidas não são garantias. O essencial à realidade, na existência de toda e qualquer garantia, é que seja articulada, nítida e precisa.”

Tais direitos, *aconicionados*, formalmente, em normas de eficácia contida ou programáticas, acabaram por revelar o paroxismo das Constituições sociais do século XX, que “invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e oferecem o que não podem cumprir”⁴¹⁴. Esse fenômeno chegou a confundir mesmo a doutrina que, numa primeira hora recalcitrante em assumir uma posição cética em relação ao direito – muito porque ainda vinculada a uma concepção positivo-essencialista do *jurídico* –, oscilou entre as teses da *normatividade autônoma da Constituição* e da eficácia dependente do trabalho dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo.

Não foi, portanto, desde logo que se estabeleceu a ideia de que, em face da inação legislativa, as promessas constitucionais podem e precisam ser não apenas *atualizadas* (eis o fenômeno conhecido da *mudança constitucional*), porém também, e mais relevante, permanentemente concretizadas⁴¹⁵⁻⁴¹⁶. O Judiciário, cedo ou tarde, haveria de se libertar das amarras do positivismo (ou dogmática), rendendo-se a um racionalismo cético que *reconhece* o caráter retórico do direito e nele vê – ao lado do estatuto principiológico das normas constitucionais (redigidas em textos abertos) – um produtivo sentido e fértil terreno de possibilidades. Primeiro o fez sob demanda da sociedade, do que decorreu, entre as formas de ativismo que encerram perigo democrático, a chamada *judicialização da vida civil*; depois, espontânea e deliberadamente, isto é, como ato de vontade de poder (porquanto a alternativa seria uma consciente e volitiva postura *self-restraint*⁴¹⁷), do que resultou a *legislação judicial*.

414 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 54.

415 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

416 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 359 e ss.

417 “O programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juizes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.)

Do ponto de vista da hermenêutica da *viragem linguística*, a constatação de que a norma jurídica não está previamente dada, não rege tudo, não produz *per se* a decisão, não encerra uma verdade jurídica unívoca ou sequer estabelece os parâmetros de atuação do intérprete (salvo os limites dados pelo texto), como expusemos nos Capítulos I e II deste trabalho, servindo, quando muito, de argumento de legitimação do discurso judicial⁴¹⁸, está em perfeita sintonia com a tese existencialista-fenomenológica de que o *sujeito*, diante da *coisa* direito, assim como de qualquer objeto cultural, pode interpretá-lo criativamente – o que não significa possa fazê-lo arbitrariamente⁴¹⁹ –, porquanto, semioticamente, *texto* e *norma jurídica* são objetos distintos⁴²⁰.

O reconhecimento da possibilidade e legitimidade da interpretação concretizante do direito num mundo ainda mais complexo (no qual o Parlamento e o Executivo, se têm respostas, não as materializam na medida das expectativas da sociedade segundo as promessas da Constituição, seja por injunções de ordem política, seja por outras de cunho econômico), abandonado o dogma essencialista que estagnava o Estado e provocava injustiças tão (senão mais) graves quanto aquelas verificadas no irracional mundo pré-moderno ou decorrentes da aplicação não ponderada do princípio da isonomia formal, porém, dotou o Judiciário de um poder extraordinário, ao permitir a imposição da lei segundo os valores nela (e na Constituição) consagrados e adequados ao caso concreto (consagração da *visão judicial*), mexendo, uma vez mais, no balanço daquele arranjo funcional do poder descrito por Montesquieu.

Realmente, mais de dois séculos após o início de um primeiro império, o do Legislativo, depois de quase cem anos (considerado o fim da Primeira Grande Guerra) de um segundo, o do Executivo, vivemos sob um terceiro, o do Judiciário e sua jurisprudência, que tem, com os outros, um dado antilibertário comum: a vontade de controle linguístico da interpretação, agora com base no caráter vinculante da

418 ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325.

419 Há, com efeito, limites interpretativos não apenas históricos e sociais (fornecidos pelo contexto), mas também justificacionais e simbólicos, isto é, dados pelo próprio texto, que não pode ser simplesmente rasgado (Cf., MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

420 Cf., nesse sentido, WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

jurisprudência (cada vez mais *essencialista*, dogmática) e da norma judicada (original ou não, veremos) colegiadamente estabelecida.

No campo da jurisdição constitucional, que particularmente nos interessa, esse controle linguístico se dá de forma *violenta*: é que, para não se fragilizar diante do argumento positivista-essencialista de que a substituição do critério da lei pelo da jurisprudência (que encerra, supõe-se, *liberdade* e *pluralismo* interpretativo) implica uma recusa ao preceito da *segurança jurídica* (valor que não se conforma à perfeição, precisamente, com os valores *liberdade*⁴²¹ e *pluralismo*), a jurisdição, distanciando-se de suas origens – nos países filiados a tradição civilista –, adotou uma estratégia de controle da substância e forma normativas e de contenção da classe da magistratura pela atribuição de força vinculante aos precedentes (mecanismo garantidor de estabilidade e previsibilidade do sistema da *common law*), buscando fugir da pecha de que a modificação da vontade da lei ou do legislador pela do juiz faria o sistema ruir num casuísmo irracionalista⁴²².

Ao tangenciar esse tema, Luís Roberto Barroso afirmou que, a despeito de expressar um consenso fundamental, o texto constitucional é palco – como em regra acontece nos processos democráticos de elaboração constitucional – de pluralismos e antagonismos, impondo-se a adoção do *princípio da unidade da Constituição* para fixar a adequada interpretação de seus dispositivos:

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas sim um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da

421 Porque a segurança jurídica se destina – essa a crítica possível – a garantir a aplicação de uma ordem jurídica produzida em dado momento histórico e a partir de determinadas composições do poder político-econômico, garantindo, assim, a perpetuação de certo estado de coisas (as escolhas do momento constituinte) em detrimento de mudanças na infraestrutura social.

422 Cf. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, especialmente os Capítulos I e II.

interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.⁴²³

Veremos, nas próximas seções, como, embora nascida do reconhecimento de uma necessária e inevitável abertura do texto legal, da negação da natureza ôntica do direito e da assunção de seu caráter marcadamente retórico, a jurisprudência se *fechou* (numa violência contra o próprio espírito humano, o *espírito de interpretação*) numa estratégia de controle da normatividade, contribuindo para tornar o Judiciário – com instrumentos a tanto adequados (especialmente, entre nós, a súmula vinculante) –, na figura de seu órgão de cúpula, um poder além de qualquer controle (por deter a *palavra final*).

2. Do império da lei ao império da jurisprudência

“Uma das estratégias mais importantes da retórica constitucional, em uma estrutura dogmaticamente organizada, é a jurisdição constitucional.”

João Maurício Adeodato

“Os tribunais mais ilustres dependem, para a sua respeitabilidade moral, da luz, que derramam sobre o espírito público, do esclarecido assentimento, que neste conquistam.”

Rui Barbosa

Temos trabalhado com uma concepção de *Modernidade* em dois momentos, *liberal* e *social*, unificados, no plano jurídico, pela centralidade da lei como fonte primordial de direitos e obrigações e irradiadora de segurança e estabilidade para todo o sistema de direito, a recusar ou, pelo menos, minimizar a atividade interpretativa dos juizes. A pós-modernidade jurídica, no entanto, fundou-se, em larga medida, na evidência de que a *pseudo* certeza proporcionada pelo texto legal é in-

423 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 182.

suficiente para dar conta de uma realidade cada vez mais complexa e, **especialmente**, das exigências de realização do *justo* – aqui entendido como a concretização das promessas constitucionais – pela comunidade subestatal.

Como vimos, a atribuição de liberdade interpretativa à classe da magistratura, se não resultou de *concessão* dos demais Poderes, proveio – o que nos parece mais relevante – de exigências da sociedade civil, à qual se haviam prometido direitos fundamentais capazes de materializar aspirações não apenas de ordem libertária, mas também social, política e econômica, ligadas a uma ambição de isonomia material. Nesse contexto, de insuficiência responsiva do texto da lei (o cidadão, embora podendo lê-lo e compreender-lhe o conteúdo, logo percebeu que as pretensões, dele decorrentes, dependeriam do Judiciário para serem satisfeitas⁴²⁴) e impossibilidade de aplicação dele, fora dos *casos fáceis*⁴²⁵, mediante silogismos lógicos (ou declaratórios), a *decisão judicial* exsurge como sucedâneo quase-natural (a solução possível), dotada de tanta legitimidade e autoridade quanto a lei, porquanto revestida da qualidade de ato de Estado (público e imperativo) e fundada numa argumentação destinada não somente a mostrar a coerência entre a *escolha* adotada e a legislação, mas também, e necessariamente, *convincente*.

No mundo romano-germânico, o império do direito, não mais estribado no caráter incontestável de sua fonte, *a lei resultante do processo legislativo formal e regular* – a que não mais se reconhecia, dentro ou fora dos muros do Judiciário, *univocidade* –, passou a ancorar-se na retórica jurisprudencial irresistível, que proporcionava *certeza aceitável e persuasiva*.

424 Obviamente, estamos, aqui, considerando três equivocadas premissas iluministas: (i) a clareza e infalibilidade do discurso legislativo; (ii) a capacidade do destinatário da norma de compreender a sua fórmula (algo altamente questionável, se levarmos em conta o nível de educação formal de certas populações, como a brasileira); (iii) a possibilidade de satisfação de pretensões subjetivas baseadas no texto legal claro e inequívoco sem necessidade de recurso ao Judiciário.

425 Aqueles em que as características fáticas relevantes para o julgamento estão formuladas genérica, abstrata e satisfatoriamente no texto da lei.

Estabelecido que o problema a investigar ou a lide a solver (fora dos casos passíveis de desfecho por mera subsunção de regras) admite mais de uma resposta (porquanto as leis ou são obscuras ou porosas ou são ambíguas) e requer um entendimento *preliminar*⁴²⁶, impôs-se o reconhecimento de que a decisão jurídica não pode nunca ser definitivamente justificada⁴²⁷, sendo, no máximo, *definível*, justificando-se dialética⁴²⁸, e não *axiomaticamente*.

Um dos muitos riscos do assentamento dessa concepção sobre o fenômeno jurídico é que, se o juiz decide sem necessidade de vincular-se a uma ontologia (ainda que formal) do direito (senão na acepção clássica, de um direito dogmaticamente estabelecido, no sentido de R. Dworkin, de um direito cujos princípios morais podem ser a custo descobertos e aplicados pelos juízes) que permita a elaboração de juízos apofânticos, a decisão poderá ser tomada aprioristicamente, sendo a construção teórica um dado posterior, a que se recorre na busca de persuasão⁴²⁹, tornando impossível divisar, entre duas sentenças semanticamente distintas, mas teoricamente justificadas, qual tem mais legitimidade ou condições de prosperar.

Sabemos, contudo, que não é assim tão simples porque, *uma*, há limites linguísticos estabelecidos pelo próprio texto da norma (que condiciona o *programa da norma*⁴³⁰); *duas*, é possível estabelecer câ-

426 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 94.

427 VIEHVEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, p. 105 e ss.

428 Para alguns nem isso, mas com base no ethos do magistrado.

429 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7.

430 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57-60.

nones⁴³¹⁻⁴³² destinados à aferição da qualidade (validade, aceitação) dos discursos prático e jurídico; *três*, o direito, mesmo evidenciado o seu caráter retórico pela pós-modernidade, não é *concha vazia* que

431 Eis as regras básicas do discurso prático em geral, segundo Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 293 e ss.): (i) todo falante não pode se contradizer; (ii) todo orador só pode afirmar aquilo em que acredita; (iii) todo orador que aplicar um predicado F a um objeto tem que estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes; (iv) todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso se estiver disposto a afirmá-los nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao primeiro caso em todos os aspectos relevantes; (v) oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

De sua parte, as regras de racionalidade são as seguintes (Op. cit., p. 294): (i) todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação; (ii) qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); (iii) nenhum orador pode ser impedido de participar de um discurso por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

As regras de justificação (Op. cit., p. 295) são: (i) toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; (ii) as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo tem de ser aceitas por todos; (iii) toda regra tem de ser clara e poder ser universalmente ensinada; (iv) as regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica (a regra moral não suporta esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, tenha perdido sua justificação, ou, b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões a tanto suficientes); (v) as regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual (uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização); (vi) os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta.

A argumentação dogmática (técnico-jurídica efetiva) apresenta as seguintes regras (Op. cit., p. 298): (i) toda proposição dogmática tem de ser justificada recorrendo-se a, pelo menos, um argumento prático geral, sempre que seja objeto de dúvida; (ii) toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar por um teste sistemático tanto no sentido mais estrito, quanto no sentido mais amplo; (iii) sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis, devem ser usados; (iv) se um precedente puder ser indicado em favor ou contra uma decisão, deve ser citado; (v) quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento.

432 E mais não se pode esperar desses cânones, porquanto a função das regras de interpretação não é permitir a descoberta da única resposta correta, mas, apenas, permitir o controle (aqui no sentido de critério de verificação) da interpretação, mesmo porque sempre existirão casos difíceis a serem solucionados, em relação aos quais não bastará, para a obtenção de uma decisão confiável, a simples aplicação de uma ou outra regra de interpretação, por mais consensual que se revele.

tudo comporta, mas resultado de opções políticas e axiológicas⁴³³ fundamentais de um povo; e, *quatro*, a jurisprudência firmada pelos tribunais (função conservadora e contramajoritária) trata de filtrar aquelas decisões que se distanciam dessas opções e valores.

Afinal, essa a função primeira da jurisprudência, entendida como elenco harmônico de decisões reiteradas sobre um mesmo assunto, seja no sistema da *civil law*, seja no da *common law*: *persuadir* e criar, em consequência, *costume jurídico*⁴³⁴ (atualmente, como teremos a oportunidade de verificar, mesmo em sistemas filiados à tradição romano-germânica, como o brasileiro, certos precedentes de jurisprudência têm recebido força vinculante *erga omnes*).

Ocorre, porém, que (i) a experiência sabidamente bem-sucedida dos precedentes nos países da *common law* – que os adotaram como fundamento de estabilidade e segurança jurídicas –, nos quais a práxis da jurisdição constitucional permitiu, inclusive, estabelecer limites substantivos ao trabalho do legislador⁴³⁵; (ii) a necessidade de afirmação da autoridade da jurisdição (depois de dois séculos *escanteada*), legitimada por si (pela eficiência do discurso retórico na realização do ideal de justiça) e pela decadência do sistema racional-legal; e, finalmente, (iii) a facilidade de correção de rumos por meio do controle hierárquico das decisões judiciais, fizeram mesmo os países de orientação civilista acorrerem em direção à *vinculatividade da jurisprudência*, que passou a concorrer com a lei desde o primeiro mo-

433 Nesse sentido, a jurisdição teria não apenas a faculdade, mas o dever de limitar a atividade legiferante, negando validade ou eficácia ao produto dela que se revele ofensivo a opções consideradas *fundamentais* – sem, no entanto, substituir as escolhas que considere equivocadas pelas suas próprias.

434 Cf., a respeito, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 226. O autor, no entanto, nega à jurisprudência, nos sistemas romanistas, a condição de fonte do direito.

435 Realmente, a *descoberta* de um *devido processo legal substantivo* na Constituição norte-americana pela Suprema Corte, a partir das discussões em torno da Décima Quarta Emenda (essa Emenda, aprovada ao final da Guerra Civil, estabeleceu o direito à igualdade independentemente da raça, federalizou os direitos fundamentais e estendeu a obrigação de observância do *due process of law* aos Estados-membros), permitiu o controle *interno* das leis com base nos direitos, liberdades e garantias, consolidando a *judicial review of legislation* – na medida em que fez desaparecer, nos Estados Unidos, a distinção essencial que havia entre *juízo* e *legislação*, tendo a atividade de julgar se convertido em uma variante do poder legislativo.

mento (senão como fonte de direitos, como argumento justificador de decisões)⁴³⁶.

Tornar-se critério mais que legal no meio jurídico, em vista de um Judiciário sequioso por mais participação e influência políticas, era questão de tempo.

2.1 O incontornável da concreção interpretativa e a *necessidade* do precedente

Como tivemos ocasião de analisar, o processo de interpretação (na verdade, de *concreção*) da norma jurídica, na pós-modernidade, abandonou o dar-se em sua concretude pelo silogismo apofântico – isto é, o dar-se por uma construção conceitual obtida por critérios lógicos dentro de um marco puramente cognitivo (abstrato) sem relação com as coisas ou com o *ser-no-mundo* (M. Heidegger) do magistrado⁴³⁷. Na hermenêutica da viragem linguístico-ontológica, compreende-se que a norma jurídica é (como vimos no Capítulo I deste estudo) produzida no curso do processo de concretização⁴³⁸, que vai regular o caso sob julgamento.

Nesse entendimento, a concreção de uma norma jurídica não supõe a preexistência da norma em relação ao caso concreto, pois os conceitos jurídicos ensimesmados nos textos legais não possuem significação nem estabelecem o *sentido* como concepção de um *dado prévio e definido*⁴³⁹. O texto da norma, por ser aberto e abstrato, semioticamente

436 Entre nós ainda acrescentaríamos a necessidade de dar cumprimento ao preceito da *duração razoável do processo* (“Art. 5º [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), incluído na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

437 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000; CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983; HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982; COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, entre outros.

438 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 424.

439 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

diferente da norma, somente orienta e impõe limites ao labor hermenêutico⁴⁴⁰. Ao final do processo interpretativo é que surgirá a norma, efetivamente.

A *normatividade*, desse modo, somente se dá *no* (pelo) processo de resolução dos casos concretos, em que se declara não o *conteúdo*, mas a *própria norma* jurídica a ser aplicada⁴⁴¹: “quando uma lei é interpretada, o verdadeiro legislador não é aquele que, originalmente, fez a lei; o verdadeiro legislador é o intérprete.”⁴⁴² O processo de criação do direito inicia-se, pois, não com a norma (que é o desfecho, a criatura), mas com o *texto* da norma, que desta difere⁴⁴³. Mas não é só. Parte-se, *a latere* do texto da norma, dos *fatos*, das *circunstâncias* e do *direito em vigor* para se chegar a uma norma dotada de maior concreção do que o texto que serviu de apoio inicial à interpretação⁴⁴⁴.

Isso é assim pelas próprias características da linguagem comum, isto é, não *formalizada*⁴⁴⁵. Como é impossível atribuir rigor matemático à linguagem legal, fica cognitivamente aberto o texto da norma, permitindo ao magistrado-intérprete exercer uma atividade potencialmente *criadora*. Sobre essa impossibilidade de fechamento lógico da linguagem ordinária – constatação que valoriza o trabalho *concretista* do intérprete e, mais especialmente, a jurisprudência, que o *amplifica* –, vale conferir a feliz advertência de Karl Popper:

[...] é claro que se os “políticos” (ou quaisquer outras pessoas) “fossem obrigados por lei a definir qualquer termo que quisessem usar”, seus discursos não ficariam mais curtos, mas sim infinitamente longos. Pois a definição não pode estabelecer o significado de um termo, assim como uma derivação lógica é incapaz de estabelecer a

440 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

441 Justamente no conceito de “normatividade” – que só é possível por uma pré-estrutura ou pré-compreensão – é que se tem compreensão como aplicação (H-G Gadamer). Entretanto, esse universo interpretativo somente é possível pelo fio condutor hermenêutico, que é a linguagem.

442 HAMON, Francis; TROPER, Michel & BURDAU, Georges. *Direito constitucional*. Trad. Carlos de Souza. 27 ed. São Paulo: Manole, 2005.

443 SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000, p. 410 e ss.

444 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54 e ss.

445 No sentido da lógica-matemática.

veracidade de um enunciado; ambas só conseguem fazer o problema recuar. A derivação conduz o problema da verdade de volta às premissas, e a definição conduz o problema do significado de volta aos termos definidores (ou seja, os termos que compõem a fórmula definidora).⁴⁴⁶

Ora, se a norma surge sempre *no e para* o caso, e se o intérprete é um sujeito dotado de pré-compreensões que se vão ajustando e adequando no curso do processo hermenêutico (que, espiralado, segue sempre rumo a interpretações *melhores*, mas não definitivas) para se tornarem *compreensões*, como não sucumbir a um estado de irracionalismo decisório? Para fugir a esse temido casuísmo (e à crítica positivista), a solução encontrada foi valorizar ao máximo as decisões colegiadas de tribunais de grau superior em detrimento dos demais e, principalmente, dos juízos singulares, em evidente violência hermenêutica, na medida em que esse expediente cerceia as possibilidades

446 Karl Popper (Viena, 28 de julho de 1902 – Londres, 17 de setembro de 1994) prossegue: “Essa crítica parece injusta à primeira vista. Pode-se dizer que, quando pedem definições, as pessoas têm em mente eliminar ambiguidades comumente ligadas a palavras como “democracia”, “liberdade”, “dever”, “religião” etc.; que é claramente impossível definir todos os nossos termos, mas é possível definir alguns dos mais perigosos e parar por aí; e que os termos definidores têm que ser simplesmente aceitos: para evitar uma regressão infinita, devemos parar depois de um ou dois passos. Essa defesa é insustentável. É verdade que os termos que mencionei são muito mal usados. Porém, nego que a tentativa de defini-los possa melhorar a situação. Só pode piorá-la. Se “definissem seus termos”, nem que fosse uma vez, e deixassem indefinidos os termos definidores, os políticos não fariam discursos mais curtos, pois qualquer definição essencialista, ou seja, que “defina novos termos” (em contraste com a nominalista, que introduz termos técnicos), implica substituir uma história curta por uma longa [...]. Além disso, a tentativa de definir os termos só faria aumentar a imprecisão e a confusão, pois, como não podemos exigir que todos os termos definidores também sejam definidos, o político e filósofo astuto poderia satisfazer facilmente a demanda de definições. Se lhe perguntassem o que queria dizer com “democracia”, por exemplo, ele poderia responder “o governo da vontade geral” ou “o governo do espírito do povo”; por ter fornecido uma definição e, desse modo, satisfeito os mais elevados padrões de precisão, ninguém se atreveria a criticá-lo. Como seria possível criticá-lo, se a demanda por uma definição de “governo”, “povo”, “vontade” ou “espírito” nos faria enveredar em uma regressão infinita, que todos hesitariam em provocar? Se, mesmo assim, a demanda fosse feita, poderia ser satisfeita com igual facilidade. Por outro lado, uma discordância sobre se a definição é ou não é correta ou verdadeira só poderia levar a uma controvérsia vazia sobre palavras.” (POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. David Miller, org. São Paulo: Editora PUC Rio, 2010, p. 94-95).

de interpretação⁴⁴⁷, esvaziando, em muitos casos, a riqueza do real (valor que se procura preservar na *common law* com a figura do *distinguishing*⁴⁴⁸).

Era preciso, ainda, outra manobra político-epistêmica: legitimar as decisões judiciais sob o ângulo democrático, o que se fez por meio de um giro na compreensão da matriz de legitimidade do discurso público, que se desvinculou dos atos legislativos para atrelar-se a uma concepção orgânica (e, pois, mais abrangente) do direito⁴⁴⁹. A jurisprudência estaria *contagiada* de legitimidade por fundar-se no texto da lei formal resultante da vontade geral (texto capaz de orientar-lhe).

2.2 O fenômeno da axiomatização jurisprudencial e sua repercussão sobre a estrutura das fontes do direito no sistema civilista: do racionalismo ao empirismo

Diferentemente da *common law*, sistema baseado na predição vinculativa dos casos pretéritos sobre casos presentes substancialmente semelhantes, o sistema da *civil law*, como é amplamente sabido, estrutura-se em torno da norma legislativamente produzida, capaz de axiomatizar aprioristicamente as demandas concretas (cuja previsão e resposta supostamente se encontram no texto da lei escrita). Disso resulta, em princípio, um papel diferente exercido pela jurisprudência num e noutro modelo.

A jurisprudência tem funções distintas nos sistemas da *civil law* e da *common law*. Embora nos sistemas romano-germânicos possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direitos. Ao contrário, na *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

447 Alguma sensação de *je déjà vu* deve ter provocado na comunidade pensante do direito.

448 Conferir, sobre o tema, o Capítulo II, item 2, subitem 2.2 “Do outro lado do Canal da Mancha e do Atlântico Norte: os precedentes e o *stare decisis*” (especialmente a nota de rodapé nº 238).

449 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57 e ss.

Isso porque, sendo a regra da *common law* a *lex non scriptae*, se cada juiz pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Vale observar que essa liberdade é possível na *civil law* em razão de a lei per se trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que o cidadão pode extrair, independentemente de ir ao judiciário buscar a tutela para determinado direito subjetivo que afirme violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica à *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes.⁴⁵⁰

Ainda que saibamos que os dois sistemas contêm elementos tanto de *common law* quanto de *civil law* (tendência que se tem reforçado nas últimas duas quadras), é certo que, nos países da tradição civilista, francamente escorados na supremacia da lei, os precedentes tiveram, historicamente, menos influência. Esse fenômeno serviu a reforçar a ideia, que nos parece equivocada, de que a centralidade gravitacional da lei formal é *consequência lógica* da adoção do princípio da repartição de poderes. Antes, entendemo-la consectário da crença na racionalidade *omnicomprensiva* do Parlamento, portanto um dado histórico, filosófico e cultural.

Foi, por outra parte, a correta compreensão do sentido da divisão *funcional* do Poder (que, segundo T. Hobbes, é uno e indivisível⁴⁵¹) engendrada pelos ingleses e descrita por Montesquieu, consistente em meramente impedir a hipertrofia de um deles (do que poderia decorrer uma espécie de absolutismo institucionalizado) e preservar as liberdades individuais, associada à falência da concepção liberal-racional de uma legislação *consumativa* do direito e à constatação do êxito do modelo anglo-saxão de força dos precedentes, que, a nosso ver, permitiu, não sem atritos, nos sistemas da *civil law*, o advento do discurso judicial positivamente criador, especialmente na forma da *jurisprudência*, que passou a ser admitida, primeiro, como *fonte interpretativa da*

450 DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: DANTAS, Bruno *et alii*. Organizadores. *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois* (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31.

451 Conferir a nota de rodapé nº 161.

*lei*⁴⁵², depois como fonte criadora⁴⁵³ – pelo menos materialmente – do direito.

Ademais, organizados e axiomatizados em formato *sumular* – uma tentativa de conferir legitimidade à retórica judicial por meio do atendimento das expectativas de clareza, estrutura lógica, certeza, estabilidade e segurança –, os precedentes, que passaram a permitir a extração de regras gerais a partir de sua simples leitura, reestruturaram, em novas bases, a concepção dogmática do direito, *amarrando* novamente os magistrados e restringindo-lhes as possibilidades hermenêuticas⁴⁵⁴. O ceticismo epistêmico, que devia proceder tanto da concepção retórica do direito, quanto do reconhecimento de que os fenômenos sociais são irrepetíveis, cedeu em favor de uma visão (novamente) ontologizante do jurídico⁴⁵⁵, como forma de legitimar e validar o discurso judicial.

O Estado de direito *civilista*, um Estado *racional* no sentido europeu continental (como vimos no Capítulo II), para continuar a monopolizar a linguística do direito, passou a valer-se da indução na construção de cláusulas gerais e abstratas, exigindo *apenas* a reiteração de decisões semelhantes sobre casos *assemelhados* (nem dizemos *semelhantes* aqui). Como é o próprio Judiciário que estabelece a norma e com base nela decide, a autoridade do precedente acabou por agigantar o discurso judicial, subvertendo, senão na forma, a pragmática da estrutura das fontes do direito⁴⁵⁶.

452 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 226.

453 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 39. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 258. Para R. Alexy, a discussão na Europa, atualmente, concerne a saber a posição teórica dos precedentes.

454 Para Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 153-154), “onde há direito escrito, é desnecessário e mesmo desaconselhável que os tribunais estratifiquem sua orientação, trancando a dinâmica do direito (pois é legítimo que haja evolução do direito, à vista da mobilidade social, do desenvolvimento e mudanças dos valores que formaram sua interpretação)”.

455 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 85.

456 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 78.

3. Sincretismo sistêmico e criação judicial de direito genérico, abstrato, vinculante e original *ex nihil*⁴⁵⁷

“O direito não é filho do céu. É um produto cultural e histórico da evolução humana.”

Tobias Barreto

“Nos países em que o juiz, destituído de independência, parece mais habituado a prestar serviços do que a sentenciar, as leis devem prontamente registrar o costume, e é por isso que elas mudam depressa. Nos países em que, como na Inglaterra, o juiz permanece muito independente, não há necessidade de tocar nas leis; é o próprio magistrado que as transforma.”

Gustave Le Bon

Os dois grandes sistemas de direito contemporâneos não são puros, inteligência comum que já reproduzimos. Por sua natureza política, estrutura de fontes e doutrina do *stare decisis*, a *common law* não apenas assimilou com mais facilidade, mas efetivamente dependeu, para *estabilizar-se*, do caráter geral, normativo e vinculante das decisões (*binding precedents*); e, para *progredir*, evitando a estagnação e obsolescência, do reconhecimento da força criadora da jurisprudência. Em busca de *mais* estabilidade, esse sistema tem, contemporaneamente, se inclinado pela escrituração de leis (de que são exemplo as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra), embora não sem críticas⁴⁵⁸.

457 Direito semelhante àquele que emerge da lei formal, isto é, “novo”.

458 Algumas com fulcro, vejam só, em possível malferimento da repartição de poderes. Nos Estados Unidos, esse fenômeno, que Guido Calabresi chamou de *Era dos Estatutos*, tem alçado as leis escritas à condição de fonte primária e dominante do direito, o que lhe chamou a atenção para a necessidade de se garantir aos tribunais norte-americanos a prerrogativa de *atualizá-las* (Cf. IMWINKELREID, Edward J. A more modest proposal than “A Common Law for the Age of Statutes”: greater reliance in statutory interpretation on the concept of interpretative intention. In: *Albany Law Review*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=684251>>. Acesso em: 15 de agosto de 2013).

Em direção oposta, os sistemas da *civil law* têm conferido importância cada vez maior aos precedentes, outorgando-lhes eficácia não apenas *persuasiva*, mas também *subordinativa*⁴⁵⁹. Neles, porém, em que a jurisdição esteve sempre submetida à lei, inclusive como forma (e muitas vezes *apenas* como forma) de legitimação do discurso judicial (considerando tratar-se de uma cultura de secular adesão ao provimento legislativo), estruturando-se as fontes de maneira hierárquica, a lei abaixo da Constituição, mas acima de todas as demais fontes (e especialmente da jurisprudência, a que tal qualidade sempre foi negada), essa *nouvelle vague* (não tão nova assim, aceitamos) não se deu sem fricções.

A ruína da crença na inequívocidade e completude da norma legislada (Karl Larenz, nesse particular, afirmou que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”⁴⁶⁰), associada à compreensão da importância da hermenêu-

459 “A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados no jornal oficial federal (**Bundesgesetzblatt**). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado. O papel criador do direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de **doctrina legal**. Admite-se, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a **doctrina legal**, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à **doctrina legal** espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (**amparo**). De modo análogo, considera-se na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (**ständige Rechtsprechung**), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal Federal se ter pronunciado.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 160-161).

460 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 154.

tica judicial concretizante – capaz de aumentar a densidade semântica não apenas das normas infraconstitucionais, mas especialmente dos direitos fundamentais –, de todo modo, contribuiu para a revisão do catálogo das fontes do direito *civilista*⁴⁶¹.

A propósito, ao apreciar a importância dos precedentes judiciais nos sistemas da *civil law*, Vincy Fon e Francesco Parisi observaram, adicionalmente, que as “teorias atuais não conseguem explicar como, apesar da ênfase na certeza e estabilidade proporcionadas pelo texto legal, a experiência do sistema da *civil law*, em certas áreas do direito, é frequentemente marcada por instabilidade e incerteza. Explicações tradicionais focam na ausência da doutrina do *stare decisis* (Mattei, 1988), diferentes culturas judiciais, instabilidade política e diferentes níveis de separação de poderes (Merryman, 1969)”⁴⁶².

Seja por essas razões ou outra singular, a que nos temos apegado – o ocaso do mito iluminista da suficiência e completude da lei –, o fato é que a adoção da *fórmula da jurisprudência* contribuiu para a estabilização de um sistema jurídico que, para legitimar-se socialmente (isto é, junto aos cidadãos portadores de pretensões subjetivas), carecia de *densificações* impossíveis à norma pública abstratamente considerada (editada pelo Legislativo ou pelo Executivo). Estruturando-se de forma axiomática, com características de generalidade e abstração, a jurisprudência, no mundo civilista, não apenas resolveu um *obstáculo interno* – o casuísmo de sua vinculação com os elementos fáticos do caso concreto decidido, o que se buscou eliminar por meio das fórmulas sumulares –, mas também outro, *externo*: sua deficiência quanto à certeza e previsibilidade. Resolvidas essas deficiências, restringiu-se, uma vez mais, por meio da verticalização do discurso judicial⁴⁶³, a liberdade interpretativa dos tribunais *jurídicos* e dos juízes de primeiro grau.

461 Conferir a nota de rodapé nº 453.

462 “Current theories are unable to explain why, in spite of emphasis on legal certainty and stability, the practice of civil law systems in certain areas of the law is often characterized by instability and uncertainty. Traditional explanations focus on the lack of *stare decisis* (Mattei, 1988), different judicial cultures, political instability and different levels of separation of powers (Merryman, 1969).” (Tradução livre) (FON, Vincy & PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. In.: *George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series*. Disponível em http://ssrn.com/abstract_id=534504. Acesso em 15 de agosto de 2013).

463 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 79 e ss.

Com efeito, num momento inicial os tribunais superiores passaram a organizar, por meio da *uniformização da jurisprudência*, o próprio trabalho como meio de orientar-se, evitando a disparidade de julgamentos capaz de gerar insegurança e descrédito à jurisdição; num segundo, a *criar* o direito: (i) primeiro nas hipóteses de suprimento das *lacunas legais* nos casos concretos (o que é função mesma da jurisdição, que não pode deixar sem resposta, sob o argumento de *non liquet*⁴⁶⁴, nenhuma demanda que se lhe apresente); (ii) depois a partir da conformação das normas infraconstitucionais com uma leitura institucional-inquestionável da Constituição; (iii) a seguir, com a concretização (subjetivação jurídica) do conteúdo de textos legais (cada vez mais gerais⁴⁶⁵) e, especialmente, constitucionais de baixa densidade semântica, porquanto muito principiológicos – uma demanda social decorrente, como tivemos oportunidade de analisar⁴⁶⁶, da complexização da realidade, aliada à falta de materialização das promessas da Constituição pelo Legislativo e Executivo; (iv) por fim, com a produção de direito *ex novo*.

Nenhuma questão, atualmente, passa ao largo da jurisdição – que apenas se constrange em razão do vetusto princípio segundo o qual ao juiz é defeso agir de ofício (*nemo procedat iudex ex officio*) –, constatação que levanta questionamentos acerca da lesão aos princípios da *separação de poderes* (na acepção primeva, conforme a tradição inglesa, de impedir que um Poder sufoque os demais) e *democrático* (isto é, atinente à competência para editar normas cogentes de caráter geral e abstrato).

Argumentos em defesa dessa (perigosa) cabeça da *Hydra* do ativismo judicial giram em torno do enquadramento da jurisdição na moldura normativa estabelecida pela lei ou pela Constituição (que, conquanto não constituam textos cerrados, completos e imunes à interpretação, fornecem contornos simbólicos de observância obrigatória à atividade judicante), do caráter concreto das manifestações judiciais e da não redução do *jurídico* ao texto *legal* – o que tornaria

464 Que, a nosso juízo, apenas se aplica no âmbito de processos concretos, não objetivos.

465 Tendo em vista a incapacidade da linguagem comum de absorver em fórmulas legais toda a realidade.

466 Conferir o Capítulo III, item 3, “Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes”, subitens 3.1 “A atuação positiva do Poder Executivo” e 3.2 “Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a atuação positiva do Poder Judiciário: a judicialização e o ativismo judicial”.

legítima a criação de institutos sem previsão legislativa, desde que decorrentes logicamente do direito.

Nenhum deles pode ser levado a sério fora de uma conversa dada em bases sofisticadas.

Com efeito, o legislador já não é mais soberano, em face do controle de constitucionalidade não apenas formal, mas também material do conteúdo das leis dado por meio de decisões abstratas – ao ponto de Hans Kelsen ter visto nessa atividade uma legiferação com o sinal trocado, *negativa*⁴⁶⁷; as decisões são concretas e *inter partes* apenas *inicialmente* e a depender do instrumento processual utilizado, ganhando, num momento posterior, abstração, generalidade e vinculatividade (mesmo que se trate de um recurso extraordinário, a reiteração da matéria ou o reconhecimento de que a causa tem repercussão geral pode conferir força normativa à jurisprudência, submetendo não apenas o restante do Judiciário, mas também a população não participante do feito); direitos e obrigações, mesmo numa *família* jurídica que garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, vêm sendo criados por meio de instrumentos não mais legais, mas supralegais.

Mais do que a *positivação social* de precedentes, isto é, a *percepção* da comunidade jurídica de que as decisões iterativas possuem generalidade, abstração, originalidade e coercibilidade, temos em vigor, no País, mecanismos que permitem a criação de norma judicada geral e abstrata com base, mais do que na mera retórica do discurso judicial (que não se pode ignorar), em uma concepção *essencialista* do direito, numa retomada da tese da *resposta única* – agora proporcionada pela jurisprudência. R. Dworkin percebeu essa possibilidade, ao afirmar que numa sociedade que opta por viver segundo princípios de moralidade pública deve o Judiciário descobrir⁴⁶⁸ quais são e com base neles formular uma teoria do direito (fechando a jurisprudência em torno de valores substantivos):

467 Cf. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público nº 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

468 Essa descoberta, mesmo em R. Dworkin, é problemática, porquanto deve o magistrado procurá-los, de início, no texto constitucional – fazendo, no entanto, uma leitura atualizada dele, isto é, da *Constituição em vigor*, para o que se revela necessário compreender o direito como um “romance em cadeia”, cujos capítulos, os *precedentes*, devem ser coerentemente escritos por todas as gerações e membros da comunidade jurídico-política sem perder o fio condutor, evitando-se o casuísmo jurídico (que ameaça a noção de integridade do direito).

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do devido processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.⁴⁶⁹

O *jurisprudencialismo normativo originário*, resulte de uma retórica ou de um essencialismo jurídico⁴⁷⁰, apresenta problemas. Numa feição essencialista, encerra dificuldades adicionais para além da questão democrática⁴⁷¹⁻⁴⁷²: a referência a princípios de moralidade, por mais que nos abstenhamos de ceticismo moral, é altamente controversa, pois sempre haverá divergência⁴⁷³ acerca de quais princípios morais são corretos⁴⁷⁴, como o próprio Dworkin reconheceu⁴⁷⁵; a ascensão do Judiciário à condição de mais alta instância moral da sociedade levou-o a escapar de qualquer mecanismo de controle social (controle ao qual se deve subordinar toda instituição do Estado numa organização político-democrática). No domínio de uma Justiça

469 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 231.

470 O esquema de R. Dworkin, que reputamos *essencialista*, pode ser sintetizado do seguinte modo: (i) em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; (ii) existe um direito capaz de vencer o conflito e o juiz deve indagar a quem ele compete; (iii) esse direito vencedor existe sempre, ainda que não haja norma exatamente aplicável; (iv) nos casos difíceis, o juiz deve conceder a vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantam o direito; (v) os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; (vi) o juiz, ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente, não inventa um direito nem aplica legislação retroativa, mas se limita a garanti-lo.

471 Porque, sob o aspecto democrático, nos casos mais difíceis, os tribunais elegeм a melhor teoria mediante votação majoritária, expediente idêntico ao utilizado pelos parlamentares no curso do processo legislativo (Conferir, a respeito, a crítica de WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999, p. 88-118).

472 Discussão que retomaremos no Capítulo V deste trabalho.

473 O que é salutar numa democracia (SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 135).

474 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999, p. 149-208.

475 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215-220.

que contrapõe um direito *superior*, dotado de atributos morais, ao direito dos demais Poderes do Estado, difícil não perceber um regresso a valores pré-democráticos de integração social. De fato, “por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora”, como advertiu Ingeborg Maus⁴⁷⁶.

Cuidaremos dessa ilegítima e perigosa forma de criação de direito *ex novo*, *ex nihil*, com características similares à da lei (generalidade, abstração, coercibilidade e originalidade) ainda neste e no próximo capítulo.

4. A experiência brasileira de vinculação jurisprudencial: a produção de norma julgada *ex nova* e a objetivação dos processos e decisões

“Creio que soberano é somente o Direito, / Pela interpretação dos livres tribunais; / Que o povo soberano, ele próprio, é sujeito / Às delimitações das fórmulas legais.”

Bastos Tigre

Conquanto **num plano mais amplo** (teorético *tout court*) o fenômeno da vinculação dos juízos singulares e tribunais *jurídicos* aos precedentes da Suprema Corte tenha decorrido, conforme procuramos convencer, da necessidade de contenção da atividade criativa da jurisdição inteiramente considerada (o que representou uma violência hermenêutica – necessária⁴⁷⁷, mas, ainda assim, uma violência – contra o caráter retórico do direito), de modo a impedir o que seria perce-

476 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Novos Estudos CEBRAP, n^o 58, novembro de 2000, p. 186-187 (também disponível em http://www.novosestudios.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf. Acesso em 4 de março de 2013).

477 “[...] necessária e socialmente legitimada, porque a resolução do conflito é o escopo final da intervenção jurisdicional, não se podendo esperar dos magistrados apenas atitudes de mera reflexão diante da urgência de julgar que se impõe pela provocação dos utentes do Judiciário.” (BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 18).

bido pela sociedade como *casuismo judicial* (na verdade, antes disso, o reconhecimento da incontornável riqueza epistêmica do real⁴⁷⁸), a gerar incertezas, insegurança e instabilidade sistêmica, podendo fazer o sistema retroceder a um *ontologismo legal, historicamente*, entre nós, essa tendência jurisprudencial *hierarquizante, verticalizadora e restrigente* (que, contraditoriamente, conduziu o sistema a uma nova ontologização do direito), que tanta acolhida e prosperidade tem angariado (passada a fase de crítica inicial), remonta às origens lusitanas de nosso direito.

4.1 A progênie dos assentos lusitanos e seus subprodutos (não tão) tardios

No direito brasileiro, os precedentes têm, como *regra*⁴⁷⁹, caráter meramente persuasivo⁴⁸⁰ – decorrência lógica de um sistema centrado na figura da lei. Nesse sentido, a eficácia da jurisprudência, mesmo a sumulada, deveria ficar, como era de se esperar, por conta da “proeminência e respeitabilidade [...] do tribunal emissor junto às demais instâncias a ele reportadas”⁴⁸¹. Sua função se consumiria na orientação do trabalho do juiz, livre para se filiar ou não ao entendimento manifestado pelo tribunal⁴⁸², impondo-se apenas ao próprio tribunal (por óbvio)

478 Sobre esse tema, importa conferir a obra de Lenio Luiz Streck, especialmente *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

479 No sentido do que é *comum*.

480 Calmon de Passos, no entanto, antes mesmo do advento da *súmula vinculante*, já defendia a vinculação de tribunais e juízes inferiores aos precedentes dos tribunais superiores, sob pena de sua função primordial, a uniformização do direito federal, restar comprometida (CALMON DE PASSOS, J. J. *Súmulas vinculantes*. In.: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 6, p. 625-638, set.-dez., 1997, p. 288-289).

481 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 375.

482 “Tirante a hipótese de *súmula vinculante*, a jurisprudência, *tout court*, ainda que sumulada, se torna impositiva apenas sob dois enfoques: para o próprio Tribunal (que, logicamente, prestigiará sua própria *súmula*) e em face do caso concreto em que fora suscitado o incidente de uniformização (CPC, art. 479). Isso porque, em relação aos demais casos análogos, pendentes ou futuros, a *súmula*, a rigor, opera uma força persuasiva, influenciando (ainda que poderosamente) na convicção do julgador, mas sem obrigá-lo, propriamente, a perfilhar a tese assentada.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 331).

e aos casos concretos nos quais aplicados⁴⁸³. Mas há as hipóteses de exceção: os processos objetivos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) e, mais recentemente, a *súmula vinculante* e o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário, que acarretam decisões subordinativas das demais instâncias do Judiciário e outros órgãos do Estado.

Por que, entretanto, essa vinculatividade de *todos* (mais que o Estado, a comunidade civil que lhe sustenta), coarctativa do labor de juízes e tribunais, tão rapidamente se integrou ao nosso ordenamento (desde o início do controle concentrado de constitucionalidade, inaugurado com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965)? Por conta, como adiantamos, da matriz portuguesa de nosso direito, em que os *assentos da Casa de Supplicação*⁴⁸⁴, instrumentos dotados de abstração, generalidade e imperatividade, se aproximavam da norma legislada⁴⁸⁵ – tendo vigido no sistema brasileiro por força das Ordenações Filipinas (oriundas do século XVI).

Para Castanheira Neves, tais assentos constituíam, desde a origem, disposições normativas novas (gerais, abstratas, universalmente vinculantes, prescritas por um órgão judicial), não resultando necessariamente da manifestação reiterada e uniformizadora da Corte⁴⁸⁶, distinguindo-se de institutos do direito comparado como a *doctrina legal* espanhola e a *jurisprudência obrigatória* mexicana, nos quais vinculante é a *orientação* jurídica firmada em jurisprudência estabilizada e reiterada, pacificadora de teses jurisprudenciais em conflito⁴⁸⁷. Por

483 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 331.

484 Cf. SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187; ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 315 e ss.

485 SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

486 Para o professor português, “com os assentos que os nossos Supremos Tribunais, funcionando em tribunal pleno, podem emitir para resolver um ‘conflito de jurisprudência’ – e que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa ‘com força obrigatória geral’”. (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 1).

487 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 227.

essa razão, “o assento é ‘norma’ (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vêm do passado e persistem)”⁴⁸⁸. Ao largo da divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica (Jorge Miranda via neles um ato de jurisdição, e não de legiferação⁴⁸⁹), fato é que os *assentos* foram estabelecidos com duplo propósito: interpretar e integrar o sistema jurídico de Portugal nos casos de omissão da lei⁴⁹⁰, sendo sua observância pelos magistrados indiscutivelmente compulsória.

Abolidos no século XIX – por força da crença racionalista no legislador onisciente, onipotente e universal, bem como do mito da completude da lei, cujo campo de ação era por eles *usurpado* –, do que decorreu, como era de se esperar, ausência de uniformidade jurisprudencial em terras de Portugal, foram os assentos reavivados no século XX, primeiro de forma inominada, depois com a designação que a história cristalizou⁴⁹¹, firmando-se a competência do Supremo Tribunal de Justiça para fixar jurisprudência vinculativa de suas decisões⁴⁹². Conquanto atualmente banidos⁴⁹³, os assentos estenderam sua influência para terras d’além-mar (ou *d’aquém mar*, do nosso ponto de vista).

Vejamos.

No Brasil, a experiência da vinculatividade judicial teve início em 1876, embora não como se possa imaginar. Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça do Império não tinha a prerrogativa de fiscalizar a constitucionalidade das leis⁴⁹⁴, mas podia, a propósito de uniformizar a

488 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 11.

489 MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 196-197.

490 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91.

491 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 91.

492 Artigo 2º do Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966 (Código Civil de Portugal): “**Assentos**. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.”

493 O artigo 2º do Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966 (Código Civil de Portugal), foi revogado pelo Decreto-Lei nº 329-A, de 12 de dezembro de 1995.

494 Em verdade, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal criado com a República teria, de início, o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis, declarando-as incompatíveis com a Constituição por meio de decisão *erga omnes*, influenciados que estávamos pelo critério norte-americano da *judicial review*.

jurisprudência (já numa fase de incontinência da magistratura diante dos primeiros sinais de falência da tese iluminista de um direito ôntico), adotar assentos⁴⁹⁵ de observância obrigatória com caráter normativo. Esses assentos “desapareceram com a Constituição da República de 1891”, ressurgindo a vinculatividade com a “figura do **prejulgado** na legislação processual do Distrito Federal”⁴⁹⁶ (posteriormente expandida em âmbito nacional e se consolidando, em especial, no campo do Direito do Trabalho e do Direito Eleitoral) (o destaque pertence ao original).

No curso da vinculação desempenhada por uma jurisprudência cada vez mais forte e axiomatizada, vieram os institutos: (i) do *recurso extraordinário* (em 1926), que, originalmente, visava à uniformização do direito federal; (ii) do *recurso de ofício* (em 1933), que afirmava a supremacia da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal às normas federais em face da Constituição; (iii) do *controle concentrado de constitucionalidade*, que permite a avaliação formal e meritória da conformidade das leis com a Constituição (em 1965); (iv) da *ação avocatória* (em 1977), que levava ao Supremo Tribunal Federal causas das quais pudesse decorrer perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas (a mais radical experiência de verticalização hierárquica que já experimentamos, em todos os sentidos inconstitucional⁴⁹⁷); (v) da *ação declaratória de constitucionalidade* (em 1993), cuja eficácia vinculativa *erga omnes* se espalhou em direção à ação direta de inconstitucionalidade; (vi) da *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (em 1999); da *súmula de efeitos vinculantes* (em 2004), que permite à Suprema Corte brasileira a fixação da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas (embora venha, na prática, fazendo muito mais do que isso); (vii) da

495 “Os assentos [do Supremo Tribunal de Justiça] ficarão incorporados à coleção das leis de cada ano, e terão execução logo que forem publicados no Diário Oficial”, a teor do art. 11 do Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876.

496 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 97-98.

497 Na *forma*, porque resultado de emenda constitucional promulgada em período de fechamento do Parlamento; no *mérito*, por vulnerar a independência interna do Poder Judiciário.

repercussão geral do recurso extraordinário (em 2004), que permite a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.⁴⁹⁸

Todo esse processo rumo à dogmatização da jurisprudência resultou de uma busca incessante por certeza, segurança e estabilidade jurídicas, valores tipicamente iluministas que ensejaram, tanto em Portugal, quanto no Brasil, o fenômeno da axiomatização do discurso judicial. Era o modo de a jurisdição estender sua vinculatividade *plus loin* de seus próprios muros, realizando o controle linguístico do direito, estratégia que resultou muito bem-sucedida, tendo contado com o contributo do Parlamento e do Executivo.⁴⁹⁹

4.2 O advento da súmula vinculante no Brasil: “mais realistas que o rei”

Mesmo nos Estados Unidos (país que tomamos de exemplo como escora ao argumento enunciado no título deste subitem), filiado à *common law*, sistema que se sustenta na eficácia vinculante da ju-

498 Sem força vinculante, mas com bastante força persuasiva, também foram estabelecidas, no Código de Processo Civil (art. 557, *caput* e § 1º-A), a possibilidade de *negativa de seguimento a recurso* (em 1998) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (bem como o seu oposto, isto é, o provimento monocrático de recurso quando a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior); a dispensa do reexame necessário das sentenças contrárias à Fazenda Pública fundadas em decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em consonância com súmula daquela Corte ou do tribunal superior competente.

499 Realmente, os Poderes Legislativo e Executivo passaram a fiar-se cada vez mais na autoridade do precedente. Aquele, *exempli gratia*, alterou o art. 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para atribuir ao Ministro da Previdência e Assistência Social a prerrogativa de “autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores”. O Executivo, por sua vez, estatuiu, em norma infralegal (Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997), a recomendação de observância pela administração de decisões do Supremo Tribunal Federal que tenham fixado inequívoca e definitiva interpretação da Constituição, bem como da não propositura de ações ou dispensa de interposição de recursos nas hipóteses de a controvérsia estar sendo reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em dado sentido (Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997).

Lamentavelmente, Legislativo e Executivo contribuíram para a consolidação da contemporânea tese de definitividade e inequívocidade de uma jurisprudência cada vez mais objetiva.

risprudência (em face do caráter residual da lei escrita⁵⁰⁰), a regra do precedente não é simples e automática.

Há, atualmente, duas correntes a esse respeito: a *estrita*, que “obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas”⁵⁰¹, e a *atenuada*, segundo a qual o magistrado deve, em alguma medida, tomar em consideração decisões anteriores sobre a controvérsia que tiver sob seu jugo, salvo se as considerar suficientemente equivocadas para superar a presunção inicial em seu favor⁵⁰².

Essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países. Obviamente, depende de quão forte se considere a presunção inicial. Uma vez mais, as opiniões variam entre advogados de diferentes jurisdições, mas também é provável que variem, numa mesma jurisdição, em muito maior grau do que a opinião sobre as dimensões da doutrina estrita. Contudo, é mais provável que qualquer juiz atribua mais importância a decisões anteriores de tribunais superiores de sua própria jurisdição, e a decisões anteriores de todos os tribunais, superiores e inferiores de sua jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições. Ele também pode atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às anteriores, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres, etc. Há duas décadas, a Câmara dos Lordes declarou que a doutrina estrita do precedente não exige que se adotem as decisões que ela mesma tomou no passado – antes dessa declaração, os juristas britânicos presumiam que a doutrina estrita impunha tal exigência –, mas a Câmara dos Lordes, não obstante, atribui

500 Condição que, como vimos, tem mudado tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra.

501 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 30. R. Dworkin esclarece, porém, que essa corrente não é a mesma em todos os lugares: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos”.

502 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32.

grande importância a suas decisões passadas de instâncias inferiores da hierarquia britânica, e muito mais que as decisões de tribunais norte-americanos.⁵⁰³

Nos termos da corrente atenuada, apenas se as decisões passadas tiverem efetiva uniformidade será possível exigir que os tribunais as levem em consideração. Quanto mais uniformidade tiverem, mais força persuasiva terão⁵⁰⁴. Trata-se de uma posição que, numa primeira hora, soa algo incomum em um sistema dependente da autoridade dos precedentes. Não se pode ignorar, ademais, que há, nos ordenamentos pertencentes à família da *common law*, a possibilidade de arguição de *distinguishing*, instrumento que permite a adoção de decisão diversa para o caso novo que se diferencie do paradigmático por elementos fácticos relevantes (ademais, no Reino Unido a vinculação aos precedentes não ocorre quando se trate de verificação dos fatos, “mas somente nas hipóteses de decisões acerca do direito”⁵⁰⁵).

Cruzando o Atlântico Norte, Portugal teve de enfrentar as críticas, inclusive do seu próprio Judiciário (!), ao instituto dos *assentos*, a que nos referimos no subitem anterior, a mais importante delas concernindo à violação ao mecanismo da repartição de poderes e, consequentemente, ao princípio da tipicidade das leis. O primeiro golpe veio com a promulgação da Constituição de 1982, que vedou a eficácia externa dos atos interpretativos⁵⁰⁶; o segundo, com o acórdão nº 810, de 7 de dezembro de 1993, pelo qual o Tribunal Constitucional considerou a vinculatividade geral ofensiva ao art. 115º da Constituição (permanecendo intacta a doutrina neles firmada, restringindo-se sua imperatividade, porém, aos tribunais judiciais) e desbordante (na verdade, “desvirtuadora”) do sentido verdadeiro da função jurisprudencial (uniformização persuasiva das decisões); o terceiro, com a revo-

503 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32.

504 FON, Vincy & PARISI, Francesco. *Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis*. In.: George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=534504>. Acesso em: 15 de agosto de 2013.

505 APPIO, Eduardo. Direitos das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182. O autor cita, nesse particular, Neil MacCormick (Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. Law, State and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 188). Conferir, a propósito, a nota de rodapé nº 238.

506 SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 199.

gação do artigo 2º do Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966 (Código Civil de Portugal), pelo Decreto-Lei nº 329-A, de 12 de dezembro de 1995.

Entendemos que a reforma portuguesa confirmou a premissa de que, em países da tradição romanista, a adoção de decisões vinculativas *erga omnes* – algo de difícil conformação lógica e sociológica (porquanto esses sistemas se centram na força do precedente ou da lei por razões históricas, sociais, culturais, econômicas, e não por ato de vontade deliberada) – desequilibra o sistema, na medida em que hipertrofia a jurisdição, que deve ater-se, como regra (ressalvados os necessários e objetivos processos de defesa da Constituição contra atos normativos violadores do seu conteúdo), à resolução de casos concretos.

Entre nós, não obstante a precedência desses câmbios na América do Norte e na Europa, o instituto da súmula de jurisprudência, originalmente concebido (por obra de Victor Nunes Leal) para sujeitar⁵⁰⁷ apenas o próprio Supremo Tribunal Federal, tornando mais simples a motivação de suas decisões, tendo em relação ao restante do Judiciário uma eficácia apenas persuasiva (contendo por esse modo os excessos da divergência jurisprudencial), acabou por ganhar força vinculativa geral, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Enquanto Estados Unidos e Inglaterra, dos quais se poderia esperar um enrijecimento da doutrina do *stare decisis*, passaram a atenuar a força predictiva da jurisprudência, tendo Portugal retomado o rumo da centralidade da lei formal, a tendência brasileira tem sido de enrijecimento dos precedentes, especialmente por meio da súmula vinculante^{508,509}.

507 O anteprojeto de lei geral de aplicação de normas jurídicas, elaborado por Haroldo Valadão, revela que houve, entre nós, proposta de instituição de mecanismo semelhante aos assentos portugueses.

508 À qual se ajuntaram a súmula impeditiva de recursos e a repercussão geral do recurso extraordinário.

509 Ressalte-se que o ato administrativo que contrariar súmula dessa natureza se sujeita a impugnação por reclamação endereçada diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

4.3 A súmula de jurisprudência vinculante brasileira e sua posição normativa e nomogenética ao mesmo tempo *para* e *supra* legal

A estratégia de dominação linguística pretendida pela jurisdição (em substituição ao Legislativo) encontrou na súmula de jurisprudência o instrumento apropriado. Com efeito, falido o modelo jurídico iluminista, que pretendia esgotar o direito no conteúdo e forma da lei⁵¹⁰, e reconhecida a relevância e indispensabilidade do Poder Judiciário no processo de densificação da norma legislada e, sobretudo, concretização das promessas constitucionais, faltava apenas o mecanismo para a efetivação daquele projeto: faltava a *súmula*, expediente que permitiu a aproximação definitiva do sistema brasileiro da *civil law* com o da *common law* (sem, no entanto, com este compartilhar as mesmas bases político-culturais).

Sua fórmula é inteligente: eliminam-se as razões jurídicas (que se presumem prévia e *omniconhecidas*), mesmo aquelas supostas na formação da lei, que passam à condição de fundamento posterior, não mais de justificação prévia; omitem-se os aspectos fáticos dos casos concretos, de modo a tornar o enunciado genérico e abstrato, portanto, capaz de predizer e regular situações futuras; adota-se um formato axiomático-normativo; publica-se o texto correspondente em veículo oficial. Finalmente, dotando-a de vinculação ou imperatividade, *voilà*: temos uma *lei*, digo – perdão aos que me leem –, uma *norma jurídica*.

A súmula (e bem assim toda forma de jurisprudência vinculativa) parte de um falso problema: de que o direito não pode existir num ambiente de decisões distintas para situações semelhantes ou assemelhadas, nem mesmo em primeiro grau de jurisdição, sendo imprescindível a uniformização do discurso judicial (ainda que se saiba que a realidade sociopolítica é complexa e, por vezes, caótica); e, para solvê-lo, incorre numa mitificação⁵¹¹: de que para a sua elaboração foram consultadas todas as fontes de direito pertinentes; de que a sua edição é essencial como estratégia de pacificação de conflitos cuja reiteração foi verificada pelo Poder que os recebe e decide, o Judiciário (aqui um

510 CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 96.

511 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 106-108.

argumento de autoridade); de que com a súmula se materializa a jura constitucional de tratamento equitativo entre todos, que restaria comprometida pelo risco de julgamentos com resultados diferentes; de que por ela se resolvem litígios de forma segura (quando, na verdade, as decisões passam a ancorar-se em juízos decisórios prévios e temporalizados que configuram *atos de violência hermenêutica*).

Vê-se que a súmula, em seu laconismo léxico-simbólico, convola o Judiciário num Legislativo moderno-liberal, mais preocupado com a ideia de estabilidade, segurança e isonomia formal do que com a realização de justiça. Sem quebra do esquema clássico-positivista de decisão mediante silogismo (na verdade, valendo-se dele), a súmula substitui-se à lei na função de premissa maior do argumento, criando para todos a ilusão de “objetividade num terreno indiscutivelmente subjetivo, que é o da interpretação das normas”⁵¹².

Curiosa e paradoxalmente, a súmula, a um só tempo, consolida a compreensão da natureza dialógica, retórica do direito e arvora-se da condição de fonte acreditável de um direito dotado de realidade ontológica revelada em seu texto.

A pretensão dominativa do discurso normativo pela jurisdição, de todo modo, tratou de *paradigmatizar* as súmulas, erigindo-as, mesmo em sua feição persuasiva, à condição de verdadeiros *standards*⁵¹³,

512 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 107.

513 Inicialmente, com efeito, a justificativa para esse instrumento não foi político-ideológica (e, conquanto hoje o seja, isso não se reconhece), mas pragmática: consistia em liberar os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, da tarefa de julgar os casos considerados *simples*, de modo que pudessem se dedicar àqueles efetivamente difíceis. Para tanto, pensava-se, era suficiente que tivessem as súmulas força persuasiva. E pode-se dizer que esse objetivo foi razoavelmente atingido, por desestimular a propositura de ações cujo objeto estivesse sumulado e incentivar juízes, especialmente os singulares, a decidirem conforme tal conteúdo.

Na gênese, porém, nem todos pensavam assim. Como mencionamos, Haroldo Valadão elaborou anteprojeto de lei geral de aplicação de normas jurídicas que continha mecanismo vinculante semelhante aos *assentos portugueses*. Rodolfo de Camargo Mancuso entendia, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que a eficácia simplesmente persuasiva era insuficiente para atingir o objetivo da súmula: reprimir os excessos de divergência jurisprudencial (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 334). E procurou escudo em manifestação do Ministro Oscar Corrêa, que defendeu que as súmulas não podem ter como função o mero direcionamento do caminho a ser trilhado pelos juízes e tribunais inferiores: “se se conhece a Súmula – e o juiz brasileiro não a pode

tarifa que foi facilitada pela posição sistêmico-hierárquica e autoridade moral de que sempre se revestiram, entre nós, as mais altas Cortes judiciárias, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça⁵¹⁴. Com efeito, antes mesmo da positivação constitucional da possibilidade de concessão de eficácia vinculante a certas súmulas, os enunciados de jurisprudência desses tribunais já com essa força se apresentavam, na prática. Tal constatação comprova a natureza retórica do expediente: sua capacidade de impor termo a um debate de forma apriorística, por meio de prévio entendimento estabelecido pelos decisores, não resultando de um olhar por detrás da *cortina do real* em busca de uma norma não evidente à espera de enunciação.

De fato, o que se tem, com a súmula, é o extrato *essencialista* de um embate de significações do conteúdo da lei, apropriado em todos os graus da jurisdição com base em concepções teóricas justificadas e resolvido pelo tribunal responsável pela confecção do seu enunciado⁵¹⁵. Se este for o Supremo Tribunal Federal, um órgão, mais que jurídico, político, entrarão em cena, ainda, considerações não meramente técnicas, mas ideológicas, podendo resultar não apenas na escolha, mas também na *criação* de um significado considerado mais conveniente

para o subsistema jurídico [...] e os demais subsistemas sociais [...]. Ao final desse intrincado jogo de poder, o conteúdo da narrativa legislativa pode sequer ter sido adequadamente aferido, porque o resultado da jornada interpretativa é a manipulação das linguagens a partir daquele conteúdo produzidas. Em todos os níveis de linguagens e metalinguagens manifesta-se a imposição ideológica por meio da individualizante apropriação dos sentidos das palavras. E a súmula representa o ápice desse processo.⁵¹⁶

desconhecer – e se não a aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga, desnecessariamente, a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e requer-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar.” (excerto de voto-condutor do Ministro Oscar Corrêa no Recurso Extraordinário nº 101.214-5/RS. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 335).

514 Cf. BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 109-110.

515 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 111-112.

516 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112.

Há diversos e evidentes problemas nisso. O *primeiro* é a facilidade com que se dispõe, como prescindíveis, dos elementos fáticos que garantem a riqueza de cada questão judicializada (algo que não ocorre com tanta facilidade no sistema da *common law*, em virtude da possibilidade de estabelecimento de *distinção* entre o caso presente e o paradigma), de modo que seja possível a transição do particular para o geral; o *segundo* (paradoxalmente) é o surgimento e a prevalência do mito de que o discurso judicial sumulado é ontológico, epistêmico, e não retórico, o que limita as possibilidades argumentativas e criativas das partes (que não podem *innovar* na argumentação)⁵¹⁷; o *terceiro* consiste no número reduzido e no caráter transitório do elemento *pes-soal* que *decide* o enunciado sumulado predictor (tão pretensamente perene quanto a lei) de soluções processuais (veja-se o tamanho do pleno do Supremo Tribunal Federal), extraído de casos particulares; o *quarto* é a imposição de uma teleologia retórica às decisões, que passam a construir-se de acordo com o entendimento sumulado; o *quinto* é a legitimação da jurisdição com base em sua capacidade prática de resolver conflitos independentemente da *qualidade* dessa resolução.

A justificação é ainda mais controversa: admite-se a repressão da liberdade criativa do intérprete e a imposição muitas vezes acrí-tica de um entendimento sintético do que é o direito – desprovido de justificação *a priori* – com base no risco de paralisia da jurisdição, sabidamente aso-berbada, e na falsa promessa de tratamento isonômico a todos. Mas esse *trade se* justifica em vista do amordaçamento hermenêutico da magistratura (capaz de comprometer a realização de justiça substantiva)?

O argumento de defesa, dada a eficácia *social* da súmula vincu-lante sobre sociedade, administração pública e magistrados, é risível: o instrumento teria natureza interpretativa. Olvida-se, no entanto, que, mesmo que apenas assim fosse, isto é, que por meio dele não se estivesse criando, em certos casos, *direito novo*, o texto sumulado acaba por cristalizar a *única* interpretação correta, e não em função de um processo que W. Dilthey chamaria de reconstrução das intenções do autor do texto ou obra, mas da posição, no caso brasileiro, político -institucional do Supremo Tribunal Federal, a atribuir-lhe um suposto acesso ôntico ao sentido original do direito (aquela Corte conheceria

517 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil*: a interpretação como ato de poder. Curitiba: Juruá, 2011, p. 113.

não somente a inteireza da legislação, mas todo o direito aplicável ao caso). Ignora-se, porém, que, ao fim e ao cabo, tudo não passa de uma questão de método, em que as escolhas não são científicas, infalíveis, incriticáveis (nem mesmo se dão aprioristicamente). Na realidade, a própria escolha do método é, já em si, um momento hermenêutico, carregado de um “conteúdo marcadamente político”⁵¹⁸.

Sabemos que o direito não é – nem pode ou podemos aspirar a que seja – um constructo puramente racional. A justificação das decisões judiciais é que devem ser dotadas desse atributo. As súmulas vinculantes – e assim já era com aquelas de caráter persuasivo, enunciadoras do sentido da jurisprudência predominante –, no entanto, têm reivindicado, conquanto não de modo expresso, mas *subliminar* (à falta de um vocábulo melhor), uma normatividade-racional incompatível (quer dizer, não sem *violência*) com o processo retórico e dialético de que resultam: interpretações acerca da lei que se vão uniformizando com o transcurso do tempo (muitas vezes resultantes de acordos prévios ou de juízos de pragmatismo político, que envolvem considerações, no âmbito de uma Corte Suprema, nem sempre de ordem jurídicas).

Esse seu caráter tornou a súmula vinculante, a par de sua *inquestionabilidade*, um instrumento *metalegal*, hipertrofiando o Supremo Tribunal Federal, ferindo a essência do princípio da separação de Poderes e esvaziando o pluralismo interpretativo (na medida da censura à interpretação feita por sociedade, administração e juízes).

Consequência desse cenário foi, como antecipamos, a sincretização do nosso direito, que não se pode mais considerar simplesmente fiado à *civil law*. Não há como recusar – com a autoridade que possuem – condição de fonte formal do direito às súmulas vinculantes. Afirmam interpretação unívoca, são abstratas, têm aplicabilidade geral (atingindo, inclusive, os particulares, na hipótese de judicialização de conflito

518 “A simples escolha do método a ser utilizado, portanto, carrega em si mesmo um conteúdo marcadamente político, cujas repercussões modificam substancialmente a decisão final. Uma opção pela interpretação literal ao invés da orgânica, por exemplo, pode proporcionar ao magistrado solução distinta, inclusive antagonica. Daí se infere que os processos interpretativos favorecem a um ou a outro valor em conflito em cada caso específico. O modelo escolhido, ao restringir ou ampliar o campo de aplicação da norma, se pronuncia em favor de um desses valores contrapostos.” (BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44).

de interesses abrangidos pelo teor da súmula), possuem mecanismo de afirmação ou proteção (a reclamação⁵¹⁹) e apenas não vinculam o legislador (que fica livre para, ao ir de encontro a elas, *revogá-las*). Adicione-se a isso a qualidade de serem incontestes: com efeito, apesar de sua normatividade geral e vinculatividade *erga omnes*, as súmulas não se sujeitam ao controle de constitucionalidade (ainda que se revelem *praeter legem* ou *contra legem*): tudo o que há é um controle formal *prévio* à sua edição. Era assim com as súmulas persuasivas (na ADI nº 544-4/DF⁵²⁰, que teve por relator o Ministro Carlos Velloso, consignou-se que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para impugnação de súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), é assim com as súmulas vinculantes.

Um problema adicional (não apenas dogmático, mas também prático) concerne ao seguinte: o lugar ocupado pelas súmulas na estrutura nomogenética do direito brasileiro altera o sentido dos princípios da reserva legal (ou pelo menos exige sua revisão, a fim de que não seja considerado de forma estrita⁵²¹) e da igualdade formal, viola o núcleo irredutível da separação de Poderes, convertendo o Supremo Tribunal Federal num legislador incontinente⁵²², monopolizador do discurso judicial, e vivifica, uma vez mais, o pensamento moderno-liberal de um direito ôntico.

519 “Constituição, art. 103-A. [...]§ 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.”

520 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 544-SC*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgada em 1º de abril de 2004. Publicada no DJ de 30 de abril de 2004, p. 27, Ementário Vol. 02149-01, p. 31, e na RTJ Vol. 00191-03, p. 00773.

521 Essa revisitação deu causa a uma feição pós-moderna desse princípio: a reserva legal *proporcional* (a nosso juízo, uma construção retórica).

522 Jungido apenas pelas exigências do art. 103-A da Constituição. São elas, do ponto de vista formal: quorum de dois terços dos seus membros; existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional; publicação do texto sumulado na imprensa oficial. Sob o aspecto material: fixação juízo acerca da validade, interpretação e 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” (§ 1º).

4.4 O alastramento da objetivação e vinculação do discurso judicial no Brasil

Em nosso ordenamento, os processos de defesa direta da Constituição foram institucionalizados para serem objetivos, isto é, capazes de produzir decisões gerais e *erga omnes*. Engendraram-se com o escopo de proteger o texto constitucional contra inovações normativas por ele não autorizadas ou com ele incompatíveis, servindo bem ao propósito de evitar que o Legislativo se consolidasse como superpoder não apenas diante dos demais, mas também de um documento político esvaziado de força normativa. Nessas hipóteses, o Judiciário, ao decidir a lide, confecciona um ato que ultrapassa a *subjetividade processual típica* (que se afigura mera formalidade, porquanto *alguém* tem que ajuizar a ação e *alguém* tem que resistir à pretensão deduzida), revelando-se genericamente vinculante e de eficácia não apenas presente, mas prospectiva.

[...] os processos “sem partes formais” somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos. Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos. Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em representação de inconstitucionalidade. [...]

[...] o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal [...]. 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 constitucionais.⁵²³

523 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 2.256-RN*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgada em 11 de setembro de 2003. Publicada no DJ de 30 de abril de 2004, Ementário Vol. 02149-04, p. 637.

Contemporaneamente, no entanto, a tendência tem sido de objetivação de processos e mecanismos classicamente subjetivos.

Tomemos como exemplo o controle difuso de constitucionalidade, exercido por via do recurso extraordinário, tradicionalmente um instrumento de índole subjetiva. Em 2004, no voto-condutor do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, o Ministro Sepúlveda Pertence já deixara consignado:

[...] a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. [...] Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer [...] que no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado “como elemento propulsor posto a serviço de interesse público”, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe.⁵²⁴

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, com a atualização do nosso modelo jurídico, o recurso extraordinário deixa de ter “caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva [...], orientação [que] há muito se mostra dominante também no direito americano”.

524 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira (AgR/SE) nº 5206-Espanha*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Publicado no DJ 30 de abril de 2004, p. 29, Ementário Vol. 02149-06, p. 958.

Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (Cf., a propósito, Griffin, Stephen M., *The Age of Marbury, Theories of Judicial Review vs. Theories of Constitutional Interpretation, 1962-2002*, Paper apresentado na reunião anual da 'American Political Science Association', 2002, p. 34). Ou, nas palavras do *Chief Justice* Vinson, “para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas” (*To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved*) (Griffin, op., cit., p. 34).⁵²⁵

Vale notar que essas manifestações precedem o instituto da *repercussão geral*, fixado na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que institucionalizou a tendência objetivante do recurso extraordinário.

Mas não é só. Processos como os resultantes do mandado de injunção e, claro, o instrumento da súmula vinculante – pensado para fixar entendimento dominante acerca da “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” em benefício da *segurança jurídica* – também têm ganhado contornos objetivos e positivos, deles decorrendo disposições normativas amplas, abstratas, gerais e, claro, vinculantes – à feição da norma jurídica legislada.

É dos limites a esse fenômeno de *tonificação* da jurisdição constitucional que cuidaremos no Capítulo derradeiro.

525 Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes na Medida Cautelar no Recurso Extraordinário (MC-RE) nº 376.852-SC (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Recurso Extraordinário (MC-RE) nº 376.852-SC*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 27 de março de 2003, publicada no DJ de 13 de junho de 2003, p. 11, Ementário Vol. 2114-05, p. 853).

CAPÍTULO V – A LIMITAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO: RESTRIÇÕES À CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO (DA NORMA JUDICADA ABSTRATA E ORIGINAL) PARA ALÉM DA DISCUSSÃO RETÓRICA VS. ESSENCIALISMO JURÍDICO

1. O princípio garantidor subjetivo do *non liquet* e o ativismo judicial de caráter legislativo-positivo genérico e abstrato: um dado da realidade que não se pode ignorar. 1.1 Uma questão interna: a *legitimidade* de *supremas* normas gerais e abstratas e os limites da hermenêutica (o auge do monopólio interpretativo). 1.2. Uma questão externa: a *necessidade* de *supremas* normas gerais e abstratas. 2. A criação judicial de direito genérico e abstrato e o princípio da divisão de Poderes no contexto do espaço democrático: muito além da liberdade hermenêutica de M. Heidegger e H-G Gadamer. 3. Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: a *revisão judicial* se torna *visão judicial*. 3.1. Primeiras tensões: a revisão judicial moderada e a *última palavra constitucional* (uma análise à luz da histórica norte-americana). 3.2 A amplificação das tensões: a decisão sobre *direitos* e a interpretação constitucional (para uma distinção entre *revisão judicial* e *visão judicial*). 3.2.1. O embate pelas decisões sobre *direitos*: contra as Cortes. 3.2.2. O embate pelas decisões sobre *direitos*: a favor da preponderância do *procedimento democrático-deliberativo*. 3.3 O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a técnica da *interpretação conforme como instrumento da visão judicial*. 3.3.1. O paroxismo da interpretação constitucional no *constitucionalismo*: a *imposição* de valores na ADPF nº 54-DF e em seu parente (não tão) distante, *Roe vs. Wade*. 3.3.2. O paroxismo da interpretação constitucional no *constitucionalismo*: a *substituição de valores* no julgamento da ADI nº 4.277-DF e da APDF nº 132-RJ (um *Supremo Tribunal Reformador*). 3.4. O caráter positivo da tensão entre majoritarismo (como democracia deliberativa) e constitucionalismo. 4. Moralismo, retórica e procedimentalismo: uma opção

pelo direito *possível*. 5. A defesa das minorias no jogo democrático e a criação judicial do direito no âmbito do procedimentalismo: ou de como a exceção confirma a regra. 5.1. Quem é minoria? 5.2. Limites ao uso da exceção pela jurisdição constitucional. 5.3. As “minorias” protegidas pelas normas judicadas do Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 11, na Súmula Vinculante nº 13, no Mandado de Injunção nº 670–ES, na ADPF nº 54–DF, na Petição nº 3.388–RR e na ADI nº 4.277–DF e APDF nº 132–RJ.

“A maior ofensa que se pode fazer aos homens é tocar nas suas cerimônias e nos seus usos.”

Montesquieu

“Est modus in rebus, sunt certi denique fines.”⁵²⁶

Adágio latino

526 “Há uma medida nas coisas, existem, afinal, certos limites.”

1. O princípio garantidor subjetivo do *non liquet* e o ativismo judicial de caráter legislativo-positivo genérico e abstrato: um dado da realidade que não se pode ignorar

*“C’est légal parce que je le veux.”*⁵²⁷

Louis XVI

“O não, melhor é que o digam as leis, que os reis.”

Pe. Antonio Vieira

A concentração do discurso normativo na esfera da jurisdição constitucional, fenômeno político incontornável (se considerarmos a evolução do constitucionalismo, que se desenvolveu e exacerbou) que, como vimos, contou com a efetiva cooperação⁵²⁸ dos Poderes Legislativo e Executivo (que não se limitaram a um comportamento omisso), prosperou. Como vimos⁵²⁹, normas positivas (leis e regulamentos) reconhecendo a autoridade das orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (e mesmo dos tribunais superiores) foram editadas, revelando uma inequívoca *institucionalização* da *persuasão* judicial – que hoje cede espaço à *vinculação* propriamente dita.

É o caso, *verbi gratia*, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, que atribuiu ao Advogado-Geral da União a prerrogativa de, mesmo não havendo súmula autônoma⁵³⁰, “dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores” (art. 4º), e da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que alterou o art. 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho

527 “Isto é legal porque eu quero.” (Tradução livre).

528 O que não constitui novidade em termos de formalização da colaboração normativa entre os Poderes. Com efeito, como vimos no Capítulo III (item 3. “Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes”, subitem 3.1, “A atuação positiva do Poder Executivo”), as Constituições do século XX passaram a dar forma (e, pois, legitimidade) à produção normativa extraordinária do Poder Executivo.

529 Conferir, a propósito, a nota de rodapé nº 499.

530 Isto é, editada por ela própria.

de 1991, para atribuir ao Ministro da Previdência e Assistência Social a prerrogativa de “autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores”. Também podemos rememorar, nessa senda, a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que modificou o Código de Processo Civil para, entre outras providências, estabelecer a possibilidade de negativa de “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”, bem como, *a contrario sensu*, permitir a reforma monocrática da decisão que se revele “em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Código de Processo Civil, art. 557, *caput* e § 1º-A).

De sua parte, o Poder Executivo, por meio do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997⁵³¹, que regulou a mencionada Lei nº 8.213,

531 “**Art. 2º** Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I – não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II – não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III – sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV – sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

de 24 de julho de 1991, recomendou a observância, no âmbito administrativo, de decisões do Supremo Tribunal Federal que tenham fixado inequívoca e definitiva interpretação da Constituição, bem como a não propositura de ações ou dispensa de interposição de recursos nas hipóteses de a controvérsia estar sendo reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em dado sentido.

Claro que existe uma pragmática por detrás desse quadro: desobstruir a pauta do Poder Judiciário, paralisada em razão de uma combinação nefasta (embora a função matemática aqui não seja unívoca): um sistema recursal generoso e a excessiva litigiosidade da Administração Pública, sabidamente a maior litigante do País, que carrega ou faz carrear dezenas de milhares de causas repetitivas para os escaninhos e prateleiras dos tribunais, contribuindo para o que se convencionou chamar de *crise da Justiça*. E como não contar, nesse contexto, com a colaboração do próprio Judiciário (na figura do Supremo Tribunal Federal, primacialmente, e na dos tribunais superiores, em menor escala), que, tendo expandido seus domínios (em parte sob demanda, do que decorreu o presente estado de *judicialização* da vida civil e política, em parte por desígnio deliberado, o que mereceu o nome de *ativismo*) como forma de atender ao *convite* de concretização que lhe foi fizeram as promissivas normas constitucionais consagradoras de direitos sociais⁵³², acabou, como forma de consolidar o seu domínio

Art. 6º O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderá ser autorizado pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, a desistir ou abster-se de propor ações e recursos em demandas judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.

§ 1º Na hipótese prevista no caput, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social poderá determinar que os órgãos administrativos procedam à adequação de seus procedimentos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores.

§ 2º O Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, relativamente aos créditos previdenciários, com base em lei ou ato normativo federal declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente ou mediante recurso extraordinário, conforme o caso, e ouvida a Consultoria Jurídica, poderá autorizar o INSS a:

- a) não constituí-los ou, se constituídos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento;
- b) não inscrevê-los em dívida ativa ou, se inscritos, revê-los, para a sua retificação ou cancelamento;
- c) abster-se de interpor recurso judicial ou a desistir de ação de execução fiscal.”

532 Apreciamos esse movimento no Capítulo III deste texto, “A Necessidade da Interpretação: a Hermenêutica Jurídica no Contexto do Estado Moderno-Social e o Alvorecer do Judiciário (do Ôntico ao Retórico)”.

linguístico sobre o *direito* e a *normatividade* (o que era essencial à sua legitimação, em face da tradicional demanda iluminista por segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade), por verticalizar e restringir (não sem violência) as possibilidades hermenêuticas, *amarrando* juízes e tribunais jurídicos?

Não é de se estranhar, portanto, que leis venham a ser editadas com o propósito de consolidar e dar forma *positiva* a entendimentos consagrados do Poder Judiciário, especialmente, como a ninguém deve estranhar, do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho em sede de legislação federal (comum e temática).

Nesse sentido, poderíamos ter nos *espantado* ao consultar o Diário Oficial da União e deparar com as seguintes leis? Vejamos a primeira, que trata do uso de algemas mediante alteração do Código de Processo Penal:

Lei nº 12.854, de 15 de agosto de 2013

Altera o art. 284 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o uso de algemas.

Art. 1º O art. 284 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

§ 1º A autoridade policial só poderá fazer uso de algemas em casos de resistência e fundado receio de fuga do detido ou de risco à integridade física própria ou alheia.

§ 2º A providência excepcional a que se refere o § 1º deste artigo deverá, ato contínuo, ser justificada por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou autoridade que a tenha autorizado e consequente nulidade da prisão ou do ato processual a que se refira, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A segunda veda a prática do nepotismo em toda a estrutura do Estado:

Lei nº 12.857, de 19 de agosto de 2013

Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), para caracterizar e vedar a prática do nepotismo no âmbito da administração pública da União, dos Estados e dos Municípios.

Art. 1º O art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), passa a vigorar acrescido dos seguintes inciso VIII e parágrafo único:

“Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios constitucionais da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

.....

VIII – nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Parágrafo único. A nomeação ou investidura de servidor em desconformidade com o disposto no inciso VIII do *caput* deste artigo é nula de plena direito e enseja a responsabilidade civil e administrativa do responsável pelo ato e de seu beneficiário. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A terceira disciplina, se bem que mais por aplicação extensiva, o direito de greve no âmbito do serviço público:

Lei nº 12.865, de 21 de agosto de 2013

Dispõe sobre o exercício do direito de greve no âmbito do serviço público, e dá outras providências.

Art. 1º Aplica-se no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional, no que couber, o disposto na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

Art. 2º O direito de greve será exercido segundo a conveniência dos servidores públicos, competindo-lhes a escolha dos meios necessários à sua realização e defesa, vedada a utilização de expedientes violentos ou nocivos à segurança e ordem públicas, bem como a descontinuidade da prestação de serviços públicos.

Art. 3º É competente a justiça federal ou estadual para decidir os litígios envolvendo o poder público e os servidores em razão do exercício do direito garantido por esta Lei, observadas as seguintes regras:

I – se a greve for de âmbito municipal, as causas serão processadas e dirimidas pela justiça federal ou estadual com jurisdição no local da paralisação, observada a esfera da administração pública interessada;

II – se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, para a greve de servidores estaduais ou municipais, a competência será da respectiva justiça estadual;

III – se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, dela será a competência para apreciar a greve de servidores públicos federais;

IV – se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou, ainda, compreender mais de uma

unidade da federação, a competência para apreciar o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º A justiça federal ou estadual, conforme o caso, apreciará e julgará as medidas cautelares relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, como:

I – aquelas nas quais se postulem a manutenção, imediata cessão ou redução do movimento;

II – os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas;

III – as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

§ 2º Ao julgar a lide, deverão os juízes determinar a observância de regime de greve mais severo de acordo com as peculiaridades do caso e a essencialidade do serviço ou atividade, zelando pelo princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.

Art. 4º Os vencimentos correspondentes aos dias de paralisação não serão pagos, salvo se a greve tiver por causa o atraso no pagamento ou outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A quarta garante, mediante alteração do Código Penal, o direito à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos:

Lei nº 12.867, de 23 de agosto de 2013

Altera o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código de Penal), para tornar fato atípico o “aborto terapêutico”.

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código de Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 128.**.....
.....

Aborto terapêutico

III – se a gravidez for de feto anencefálico, constata por laudo assinado por, pelo menos, três profissionais de saúde. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A quinta, na verdade uma **emenda à Constituição**, protege o direito de propriedade em situação específica, vale dizer, de demarcação de terras indígenas com o propósito de ampliá-las:

Emenda Constitucional nº 75, de 10 de agosto de 2013

Altera o art. 231 da Constituição Federal, para vedar a ampliação de terra indígena já demarcada.

Art. 1º O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

“**Art. 231**.....

.....

§ 8º é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada. (NR)”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

É claro que nenhuma dessas normas existe. Quer dizer, nenhuma delas existe como *lei* formal ou emenda constitucional, embora seja impossível negar-lhes normatividade autônoma, geral e abstrata (se existissem, provavelmente encontraríamos, na justificação das proposições subjacentes, o argumento de que a providência legislativa adotada se destinou a conferir contornos positivos a entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal).

A primeira delas corresponde ao enunciado da **Súmula Vinculante nº 11**, que possui o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.⁵³³

A segunda é o enunciado da **Súmula Vinculante nº 13**:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.⁵³⁴

A terceira tem substrato na ementa do acórdão do **Mandado de Injunção nº 670-ES**, do qual recolhemos:

[...]

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essen-

533 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Tribunal Pleno. Aprovada na Sessão Plenária de 13 de agosto de 2008. Publicada no DJe nº 157, de 22 de agosto de 2008, p. 1, e no DOU de 22 de agosto de 2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

534 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. Tribunal Pleno. Aprovada na Sessão Plenária de 21 de agosto de 2008. Publicada no DJe nº 162, de 29 de agosto de 2008, p. 1, e no DOU de 29 de agosto de 2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

ciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. [...]. 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”. 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM “EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO” (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). [...]. 5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto

a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. [...]. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11). [...]. 6.3. [...]. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, *a*, da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que

esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. [...].⁵³⁵

A quarta foi extraída da ementa do acórdão da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54–DF:**

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁵³⁶

535 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção (MI) nº 670–ES. Tribunal Pleno. Relator Ministro Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206 em 31 de outubro 2008 e na RTJ Vol. 00207-01, p. 00011.

536 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54–DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. Publicada no DJe-080 em 30 de abril de 2013.

A quinta corresponde ao *décimo sétimo* ponto fixado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir a **Petição nº 3.388-RR** (caso “Raposa Serra do Sol”):

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.⁵³⁷

É compreensível, em face desse contexto, fazer algumas perguntas: houve simples densificação de textos de normas e princípios constitucionais positivos e preexistentes, integração do ordenamento jurídico ou, em direção diversa, verdadeira *normação criativa e original* (dotada de generalidade e abstração)? Havia *necessidade* dessas normas gerais e abstratas criadas pelo Supremo Tribunal Federal ou, sem elas, o Estado estava (e continuaria) a praticar burla *incontornável, insanável* de promessas constitucionais, e a quebrantar expectativas jurídico-democráticas⁵³⁸? Uma Suprema Corte, especialmente num sistema majoritariamente filiado à *civil law* (já reconhecemos o sincretismo sistêmico sob o qual vivemos), tem legitimidade para editar normas jurídicas gerais e abstratas?

Na prática, é claro que a atuação normativo-positiva do Supremo Tribunal Federal *resolve o problema*⁵³⁹ do Legislativo, que fixa exone-

537 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição (PET) nº 3.388-RR*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto. Julgada em 19 de março de 2009. Publicada no DJe-181 de 25 de setembro de 2009, republicada no DJe-120 de 1º de julho de 2010, Ementário Vol. 02408-02, p. 229. Publicada na RTJ Vol. 0212, p. 49.

538 Isto é, que sejam pertinentes à *segurança e estabilidade* jurídicas e ao exercício do *poder legiferante inerente ao sistema representativo*.

539 A esse respeito, vale conferir a seguinte passagem da obra de John Hart Ely: “Como disse o deputado Levitas, ‘Quando é preciso tomar decisões difíceis, redigimos leis ambíguas e passamos o fardo para os órgãos executivos.’ E como acrescentou o deputado Flowers, o resultado disso é uma situação em que é impossível sair perdendo: ‘Então, quando nossos eleitores são afligidos e oprimidos por diferentes regulamentos e leis, nós simplesmente dizemos: Ei, não é culpa nossa. Não era essa a nossa intenção. Nós aprovamos essa lei com boas intenções, e queremos que as pessoas [...] fizessem exatamente o que dissemos que deveria ser feito, e elas não fizeram.’” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 176).

A Suprema Corte dos Estados Unidos tem rechaçado essa (im)postura do Legislativo, consistente em, por meio da edição de leis ambíguas ou confusas ou que nada dizem, delegar aos outros poderes e órgãos a tarefa de resolver os temas que lhe competem. “O problema parece ser mais fundamental: talvez não esteja na tendência de tomar decisões politicamente controversas sem explicar os motivos ao povo, mas sim, na tendência de *não tomar* decisões politicamente controversas – e deixá-las, em vez disso, a cargo de outros, em sua maioria pessoas que não são nem eleitas nem controladas de modo eficaz pelas que são eleitas.” (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 179).

rado do pesado *ônus* de legislar e liberto, senão para a relevante tarefa de fiscalizar os demais Poderes, para atividades outras *não propriamente democráticas*⁵⁴⁰ (aqui num conceito bastante amplo de “democracia”). Teoreticamente, no entanto, é também certo que esse fenômeno de *silenciosa* delegação de função típica a outro Poder, o Judiciário, que, com ela, se hipertrofia (passando a legislar e a executar a norma simultaneamente), não contribui nem para a consolidação da democracia representativa deliberativa nem para o fortalecimento das liberdades e garantias e do Estado de Direito, que passa a viver sob o jugo de um Poder inquestionável, *insindicalizável*.

1.1 Uma questão interna: a *legitimidade* das *supremas* normas gerais e abstratas e os limites da hermenêutica (o auge do monopólio interpretativo)

Do **ponto de vista hermenêutico-concretizador**, parece-nos ter havido, nos casos narrados, mais do que simples densificação de textos de normas ou de textos de princípios constitucionais. Com efeito, mesmo se consideradas as normas mencionadas (pelas partes ou pelos Ministros) ao longo dos processos, não entendemos tenha havido senão *hard construction* nos casos (de consequências normatizadoras e, porque não dizer?, também normalizadoras) da Súmula Vinculante nº 11⁵⁴¹, da Súmula Vinculante nº 13⁵⁴², da extensão da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (*Lei de Greve*), ao serviço público⁵⁴³, da autoriza-

540 Não é propósito deste texto discorrer sobre a não efetivação do discurso legislativo e a entrega de função típica em perspectiva sociopolítica num cenário de esvaziamento da pretensão normalizadora (mais do que normatizadora) do Parlamento brasileiro.

541 Para a edição da Súmula Vinculante nº 11, foram apontados, como fundamentos legislativos, o art. 1º, inciso III, o art. 5º, incisos III, X e XLIX da Constituição; o art. 284 do Código de Processo Penal; o art. 350 do Código Penal.

Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 24 de agosto de 2013.

542 Para a Súmula Vinculante nº 13, houve uma singular indicação: o *caput* do art. 37 da Constituição.

543 De acordo com a página do Supremo Tribunal Federal na Internet, no curso do Mandado de Injunção nº 670 – ES foram mencionados, a título de fundamento normativo: o art. 1º, o art. 2º, o art. 5º, incisos XXXIII, XXXV, LXVIII, LXXVI e § 1º, o art. 6º, o art. 9º, *caput*, o art. 14, incisos I e III, o art. 37, incisos VI e VII, o art. 42, § 5º, o art. 48, o art. 60, § 4º, inciso III, o art. 61, § 1º, inciso II, alínea c, o art. 93, inciso IX, o art. 102, inciso I, alínea q, o art. 102, § 2º, o art. 114, inciso I, e o art. 169 da Constituição; o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a Emenda Constitucional nº 19, de 1998; a Emenda Constitucional

ção genérica e abstrata de abortamento em caso de gestação de feto anencefálico⁵⁴⁴ e da proibição de ampliação de terra indígena já de-

nº 45, de 2004; o art. 264 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; o art. 2º, inciso I, alínea “a”, e o art. 6º da Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988; o art. 7º, o art. 8º, o art. 9º, o art. 10, o art. 11, *parágrafo único*, o art. 12 e o art. 16 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989; o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 (*Aprova o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*); o Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 (*Promulga o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*); a Lei Estadual (ES) nº 7.311, de 2002; o art. 8º, letras *c* e *d*, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; o art. 8º da Convenção nº 151, de 1978, Organização Internacional do Trabalho (além do Projeto de Lei da Câmara nº 4.497, de 2001, e do Projeto de Lei da Câmara nº 6.032, de 2002).

Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>>. Acesso em: 24 de ago. de 2013 (algumas das normas apontadas não têm, a nosso juízo, relação com o caso, como o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição. Queremos crer tenha havido equívoco na indexação da legislação citada).

544 No processo de que resultou a autorização genérica e abstrata de abortamento em caso de gestação de feto anencefálico, foram utilizadas as seguintes normas com referência “legislativa”: o art. 1º, *caput* e incisos III, IV e V, art. 4º, o art. 5º, *caput*, incisos II, III, VI, VIII, X, XLVII, o art. 6º, o art. 12, inciso I, o art. 19, inciso I, o art. 52, inciso II, o art. 84, inciso XIX, art. 124, o art. 126, *caput*, o art. 192, o art. 196 da Constituição; a Lei nº 4.121, de 1962; o art. 53, § 2º, da Lei nº 6.015, de 1973 (Lei de Registros Públicos); a Lei nº 194, de 1978 (*sic*); a Lei nº 7.209, de 1984; a Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); o art. 1º, incisos I, alíneas *a*, *b* e *c*, e II, o art. 3º, *caput*, o art. 4º, o art. 14, o art. 16 e o art. 17 da Lei nº 9.434, de 1997; o art. 1º, inciso I, alínea *c*, da Lei nº 9.455, de 1997 (Lei de Tortura); o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999; o art. 1º, *parágrafo único*, inciso I, o art. 42, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999; o art. 1º, o art. 2º, o art. 6º, o art. 22, o art. 542, o art. 1.609, *parágrafo único*, o art. 1.779, *caput*, o art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); o art. 5º da Lei nº 11.105, de 2005; a Lei nº 11.106, de 2005; a Lei nº 11.804, de 2008; o art. 59, o art. 61, inciso II, alínea *h*, o art. 121, o art. 123, o art. 124, o art. 125, o art. 126, *caput* e *parágrafo único*, o art. 127, inciso III, o art. 128, incisos I e II, o art. 1.246, § 3º, o art. 215, o art. 216 (redação original), o art. 217 (revogado), o art. 283 e o art. 284 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); o art. 4º e o art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); o Decreto Legislativo nº 28, de 1990 (*Aprova a Convenção sobre os Direitos da Criança Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas*); o Decreto Legislativo nº 226, de 1991 (*Aprova o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*); o Decreto Legislativo nº 227, de 1992 (*Aprova a Convenção Americana sobre Direitos Humanos Assinada em São José da Costa Rica*); o Decreto nº 119-A, de 1.890; o Decreto nº 21.076, de 1932; o Decreto nº 99.710, de 1990 (*Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas*); o art. 15, número 1, do Decreto nº 592, de 1992 (*Promulga o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*); o art. 8º, número 1, letra “H”, do Decreto nº 678, de 1992 (*Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos Assinada em São José da Costa Rica*); o art. 16, o art. 56, o art. 61, § 2º, o art. 62, o art. 66 e o art. 130 da Resolução nº 1.246, de 1988 (Resolução do Conselho Federal de Medicina); o art. 1º, o art. 3º, o art. 4º, o art. 6º, o art. 32, o art. 42, item 1 do Anexo da Resolução do Conselho Federal de Medicina; a Resolução nº 1.752, de 2004 (Resolução do Conselho Federal de Medicina); a Resolução nº 348, de 2005 (Resolução do Conselho Nacional de Saúde); a Portaria nº 1.508, de 2005 (Portaria do Ministério da Saúde); a Portaria nº 487, de 2007

marcada⁵⁴⁵ (aos quais acresceremos, oportunamente, a ADI nº 4.277–DF e a APDF nº 132–RJ, que cuidaram de regular a união homoafetiva).

Obviamente, há princípios jurídicos gerais (ou setoriais) e constitucionais ao fundo de cada uma dessas normas judicadas. Poderia-

(Portaria do Ministério da Saúde); o Aviso nº 24, de 2003 (Aviso do Ministério da Fazenda); o Aviso nº 395, de 2004 (Aviso do Ministério da Fazenda); o art. 6º, § 1º do Parecer Técnico de 1966 do Conselho Federal de Medicina; o art. 4º, número 1, do Pacto de São José da Costa Rica (*Convenção Americana sobre Direitos Humanos Assinada em São José da Costa Rica*); o art. 6º e o art. 23, Números 1 e 2, da Convenção Relativa aos Direitos das Crianças Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas; o art. 5º, *caput*, alínea *d*, o art. 103, o art. 173, o art. 179, incisos I, II, III, IV, V, XXIV, XXXIV e XXXV da Constituição de 1824 (Constituição do Império); a Lei do Império de 15 de Outubro de 1827; o Decreto do Império nº 1.144, de 1861; o art. 11, § 22, da Constituição Federal de 1891; o art. 17, incisos II e III da Constituição Federal de 1934; o art. 32, alínea *b*, da Constituição Federal de 1937; o art. 31, incisos II e III da Constituição Federal de 1946; o art. 9º, inciso II, da Constituição Federal de 1967; o art. 9º, inciso II, da Emenda Constitucional nº 1º, de 1969; o art. 219, inciso IV, o art. 233, o art. 242, inciso I, o art. 242, incisos IV, VII e IX, o art. 243, *parágrafo único*, o art. 244, o art. 247, inciso I, os artigos compreendidos no intervalo 278-311, o art. 380, *caput*, o art. 385, o art. 1.299 da Lei nº 3.071, de 1916 (Código Civil); o Projeto de Lei nº 4.403, de 1994; o Projeto de Lei nº 183, de 2004; o Projeto de Lei nº 227, de 2004; o Projeto de Lei nº 50, de 2011. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUMER%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9mcpfe>>. Acesso em: 24 de agosto de 2013 (do *índex* dessa fonte constam dispositivos inexistentes, como o inciso VI do art. 1º da Constituição, e os arts. 417 e 546 do Código Penal).

545 No julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no seio da qual se estabeleceu a proibição de ampliação de área indígena já demarcada, constam como argumentos normativos: o art.1º, inciso I, II e IV, o art. 3º, incisos I, II, III e IV, o art. 5º, *caput* e incisos X, XV, XXII, LIV, LV, LXXIII, o art. 12, inciso I, alínea *c*, o art. 18, *caput* e §§ 2º e 4º, o art. 20, incisos I a XI e § 2º, o art. 21, incisos I, III, XI, XII e XIII, alínea *b*, XXII, o art. 23, incisos IV e VI, o art. 26, inciso IV, o art. 33, o art. 49, incisos I e XVI, o art. 84, inciso VIII, o art. 91, *caput*, § 1º, incisos III e IV, o art. 102, inciso I, alínea *f*, o art. 129, inciso V, o art. 142, *caput* e § 1º, o art. 144, incisos I, II e III, § 1º, incisos I, II e III, o art. 174, §§ 3º e 4º, o art. 176, *caput* e § 1º, o art. 210, § 2º, o art. 215, §§ 1º e 2º, o art. 216, *caput*, o art. 219, o art. 225, *caput* e § 1º, inciso III, o art. 231, *caput* e §§ 1º a 7º, o art. 232 e o art. 242, § 1º da Constituição; o art. 14, § 1º, e o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; o art. 47, *parágrafo único*, o art. 48, o art. 49, o art. 50, o art. 54 e o art. 130 da Lei nº 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil); o art. 99, inciso II, o art. 1.199 e o art. 1.230 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); o art. 17, o art. 18, *caput* e § 1º, o art. 19, o art. 22, *caput*, o art. 24, § 1º, o art. 35, o art. 39, inciso II, o art. 43, o art. 44 e o art. 45 da Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio); o art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); o art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999 (Lei de Processo Administrativo); a Lei Complementar nº 1º, de 1967; a Lei Complementar nº 41, de 1981; a Lei nº 601, de 1850 (Lei de Terras); o art. 1º, o art. 2º, o art. 6º, *caput* e §§ 3º, 4º e 5º, o art. 7º, § 2º, inciso III, o art. 11 e o art. 18 da Lei nº 4.717, de 1965 (Lei de Ação Popular); o art. 2º da Lei nº 6.634, de 1979; a Lei nº 7.009, de 1982; o art. 23, alíneas *a* e *b* da Lei nº 7.085, de 1989; o art. 19-A, o art. 19-C, o art. 19-D, o art. 19-E, o art. 19-G, §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 19-H

mos, sem grande esforço de intelecção, enxergar a *liberdade*, a *dignidade da pessoa humana* e a *integridade física e moral do preso*, no caso da Súmula Vinculante nº 11; a *moralidade*, a *impessoalidade*, a *publicidade* e a *legalidade*, na Súmula Vinculante nº 13; a *segurança jurídica*, o

da Lei nº 8.080, de 1990; o art. 1º, *parágrafo único*, da Lei nº 8.183, de 1991; a Lei nº 9.836, de 1999; o art. 2º, inciso I, o art. 7º, o art. 11, §§ 2º e 3º, o art. 18, o art. 20 e o art. 55 da Lei nº 9.985, de 2000; a Lei nº 10.172, de 2001; o art. 2º, o art. 3º e o art. 4º da Lei nº 10.304, de 2001; o art. 2º e o art. 3º da Lei nº 11.685, de 2008; o art. 21, números 2 e 3, do Convenção Americana sobre Direitos Humanos Assinada em São José da Costa Rica, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica); o art. 8º da Convenção da Diversidade Biológica de 1992; o art. 11 da Convenção nº 197 da Organização Internacional do Trabalho; o art. 1º, itens 3 e 14, o art. 6º, o art. 7º, itens 4 e 34 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho; o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; o art. 4º do Decreto-Lei nº 227, de 1967 (Código de Mineração); a Medida Provisória nº 454, de 2009; o art. 1º, § 2º, inciso III da Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001; o Decreto Legislativo nº 143, de 2002; o Decreto Legislativo nº 788, de 2005; o Decreto Legislativo nº 103, de 2006; o Decreto nº 76.999, de 1976; o Decreto nº 88.985, de 1983; o Decreto nº 97.887, de 1989; o art. 2º, §§, 1º a 10, do Decreto nº 22, de 1991 (Processo Administrativo de Demarcação das Terras Indígenas); o art. 1º e o art. 2º do Decreto nº 26, de 1991; o art. 1º, o art. 2º, *caput* e §§ 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10, inciso I, e o art. 9º do Decreto nº 1.775, de 1996 (Processo Administrativo de Demarcação de Terras Indígenas); o art. 1º e o art. 3º do Decreto nº 3.156, de 1999; o art. 1º, incisos I, II e III, o art. 2º, o art. 3º e o art. 3º-A, *parágrafo único*, do Decreto nº 4.412, de 2002; o Decreto nº 5.051, de 2004; o Decreto não numerado de 15 de abril de 2005; o Decreto nº 6.513, de 2008; o Decreto nº 6.754, de 2009; o Decreto nº 5.742, de 1990; as Portarias nº 77, de 1975, nº 550, de 1977, nº 509, de 1979, nº 1.845, de 1984, nº 111, de 1977, nº 1.645, de 1984, 1.141, de 1992, nº 1.375 e nº 14, de 1996, todas da Fundação Nacional do Índio (FUNAI); a Portaria nº 1.163, de 1999, do Ministério da Saúde; o art. 1º da Portaria nº 820, de 1998, do Ministério da Justiça; o art. 2º, o art. 3º, o art. 4º, inciso I, da Portaria nº 534, de 2005, do Ministério da Justiça; o art. 72, o art. 73, o art. 74 e o art. 75 do Regulamento; o art. 173 da Constituição do Estado de Roraima; a Lei Estadual do Amazonas nº 941, de 1917; a Lei Estadual de Roraima nº 96, de 1996; a Lei Estadual de Roraima nº 98, de 1996; a Lei Estadual de Roraima nº 215, de 1998; o Decreto Estadual de Roraima nº 3.341-E, de 1998; a Lei Estadual de Roraima nº 282, de 2001; a Lei Estadual de Roraima nº 399, de 2003; o art. 16 e o art. 17 da Lei do Município de São Gabriel da Cachoeirinha nº 209, de 2006; as Súmulas nº 473 e nº 650 do Supremo Tribunal Federal (além da Constituição do Império de 1824; da Constituição da República de 1891; do art. 129 da Constituição Federal de 1934; do art. 154 da Constituição Federal de 1937; do art. 5º, inciso XV, alínea r, e do art. 216 da Constituição Federal de 1946; do art. 4º, inciso IV, do art. 17, § 3º, do art. 91, do art. 186, e do art. 198, §§ 1º e 2º, da Emenda Constitucional nº 1º, de 1969; do art. 92 do Decreto-Lei nº 1.608, de 1939 – Código de Processo Civil, do Projeto de Lei nº 692, de 1991; do Projeto de Lei nº 1.610, de 1996; do Projeto de Lei nº 3.872, de 1997; do Projeto de Lei nº 4.791 [sem indicação de ano]).

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3388%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>. Acesso em: 24 de agosto de 2013.

direito de resistência e a continuidade da prestação de serviços públicos, na extensão da Lei de Greve ao âmbito administrativo; a liberdade, o respeito à vida e à integridade física e, de novo, a dignidade da pessoa humana, na permissão de aborto de fetos anencefálicos; novamente a segurança jurídica e a propriedade privada, no caso da vedação de majoração de terras indígenas já demarcadas.

A questão a resolver, desse modo, é se *podia* a Corte (indagação realizada num sentido puramente filosófico, porquanto, na prática, o Tribunal tanto podia como efetivamente fez), com seus 11 membros, legisladores sem voto, *escolher e impor* esses princípios, que são *opções políticas, morais ou econômicas* – por mais bem argumentadas que sejam, e são –, em lugar de outros possíveis, razoáveis, justos, legítimos. Vale mencionar que o legislador talvez escolhesse outros preceitos como primordiais, e não o tenha feito não por desinteresse, mas pela dificuldade de conciliação própria ao processo legislativo, cuja *ratio essendi* consiste em a todos vincular (parece-nos evidente que a inação, em três casos, decorreu não de desinteresse pela *pauta*, mas por dificuldade de produção de *consenso*: aborto de fetos anencefálicos, ampliação de terras indígenas e união homoafetiva).

Podemos abordar a legitimidade desse *supremo* ativismo de duas maneiras. Primeiro, em termos epistemológicos: **1) o direito tem natureza ôntica**, sendo, portanto, cognoscível, inteligível. Nesse caso, será preciso que a Corte revele que acesso epistêmico privilegiado é esse que tem ao lugar de onde *brotam* os valores-princípio eleitos para a confecção da *norma-decisão*⁵⁴⁶ e, mais especialmente, que indicação tem de que um valor-princípio, em tese, é melhor que outro, considerando que esse *outro* pode receber suporte argumentativo *igualmente* valioso e convincente, especialmente, fora da concretude do caso⁵⁴⁷ (pena de associar-se ao legislador iluminista, que entendia a produção legislativa como atividade ou de *revelação* de uma ordem social *espontânea*, no caso das normas econômicas, ou de obtenção dos desígnios da *vontade geral*, no caso das normas político-morais). To-

546 Sob o aspecto democrático, retomaremos essa discussão mais adiante.

547 Isso porque, numa construção hermenêutico-jurídica ordinária, isto é, no bojo de um processo judicial, os fatos e as circunstâncias da decisão, que a enriquecem tanto quanto a razão prática (a *razão argumentativa*), permitem, com mais vigor, encontrar princípios mais adequados que outros – eis a tarefa árdua do intérprete, um sujeito *historicamente localizado*, segundo H-G Gadamer.

memos como exemplo dessa dificuldade a ADPF nº 54–DF: tanto a tese de que se devia permitir o aborto do anencéfalo quanto a contrária extraíram seus argumentos do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana⁵⁴⁸, revelando o caráter retórico, dialógico e multifacetado do postulado (tornaremos a esse ponto).

Sabemos, todavia, desde a *blague* alegórica de Julius Hermann von Kirchmann⁵⁴⁹ – que provocou o meio jurídico ao pronunciar, em passagem que se tornou célebre e é amplamente difundida pelos professores da cadeira de *introdução ao estudo do direito* do primeiro ano dos cursos jurídicos, que *basta ao legislador alterar três palavras da lei para que bibliotecas inteiras sejam postas fora* –, que o direito não tem realidade ontológica própria, de nada valendo todo o engenho, ciência e arte disponíveis na tarefa de desentranhar-lhe a essência (tarefa que julgamos semelhante à caça de fantasmas). Essa impossibilidade (que não é ignorada por nossa Corte Suprema) reside, segundo nos parece, no seguinte (entre outras causas possíveis): os princípios são expressos mediante signos linguísticos e, como tais, estão sujeitos a apropriações e disputas argumentativas, dependendo, sempre, de uma instância de autoridade (racional-persuasiva, obviamente, uma vez que nos achamos sob o pálio de um Estado de Direito) para se fazer respeitar (fosse o direito uma realidade ôntica, o método de objetivação do espírito do intérprete de W. Dilthey teria mais sucesso para encontrar sua essência e, portanto, legitimá-lo ontologicamente, do que a argumentação racional).

Nesse sentido, pode-se defender que o Supremo Tribunal Federal não tem pretensão alguma de acesso à mítica *resposta única do direito*, valendo-se, antes de critérios lógicos e argumentativos (além de instrumentos típicos do majoritarismo, como a realização de sessões cada vez mais abertas, a convocação de audiências públicas e a admissão mais dilargada da figura do *amicus curiae*⁵⁵⁰) para construir

548 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In.: FELLET *et alii* (Editores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2011, p. 387-402.

549 KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1961, p. 54-69.

550 A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que “regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências”, estabelece: “**Art. 3º** [...]. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

a *melhor* decisão (entendida como a mais convincente) e, ao fazê-lo, *persuadir* a audiência – do que podem decorrer, no entanto, embaraços consistentes na utilização *fora do lugar* de teorias da argumentação⁵⁵¹ ou do princípio da razoabilidade⁵⁵².

551 Como a de R. Alexy. Conferir, a respeito, a decisão da Intervenção Federal nº 164-1-SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 164-1-SP. Tribunal Pleno. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 13 de dezembro de 2003. Publicada no DJ de 14 de novembro de 2003, p. 14, Ementário Vol. 02132-01, p. 00010). Realmente, o princípio argumentativo da proporcionalidade e a regra da ponderação foram concebidos como técnica de aferição da constitucionalidade de medidas estatais que interferem em direitos fundamentais. Ao adotá-la para determinar a viabilidade de medida interventiva em Estado-membro (tema que envolve a proteção das decisões judiciais, assim como a autonomia dos Estados-membros, nada tendo a ver com o respeito aos direitos fundamentais), o Supremo Tribunal Federal deu-lhe um uso indevido, ampliando-a desnecessariamente para abarcar hipótese de colisão apenas aparente de normas (com efeito, a intervenção poderia ser afastada com base em juízo de razoabilidade, de modo a evitar as consequências práticas, no caso inaceitáveis, de uma intervenção). A intervenção poderia ter sido recusada caso a Corte se limitasse a reconhecer a ausência de harmonia entre a norma que a prevê e as condições externas de sua aplicação (bastaria avaliar, como afinal o fez, a incongruência entre a medida e seus potenciais e deletérios efeitos sobre a gestão do Estado) (para uma crítica consistente do julgamento da Intervenção Federal nº 164-1-SP, consultar SOUZA, Cosmo Lima de. Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade. In.: *Jurisdição Constitucional*. MENDES, Gilmar Ferreira, org., Brasília: IDP, 2012, p. 175-229). Segundo Eduardo Appio, “os requisitos para a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo a doutrina – secundada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, são os seguintes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [...] A crítica que proponho que seja feita à aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis no Brasil (*judicial review*) decorre do fato de que [...] o STF brasileiro não distingue leis e atos que regulam direitos fundamentais dos demais atos de governo, tratando-os da mesma forma, ou seja, atribuindo a bens distintos a mesma valoração [...]”. (APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 176, 177 e 186).

552 Sobre o uso inadequado do princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, vale conferir a decisão proferida na ADI nº 2.019-MT (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.019. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgada em 2 de agosto de 2001. Publicada no de 21 de junho de 2002, p. 00095, Ementário Vol. 02074-01, p. 142):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.949, DE 22.01.99, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. PENSÃO MENSAL PARA CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO. CONTRARIEDADE AO ART. 5.º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas sim as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei sob enfoque.”

Chegamos, assim, ao outro modo de abordar epistemologicamente a possível legitimidade de *escolha* e *imposição* (via normação originária) de princípios por um tribunal da estatura do Supremo Tribunal Federal: **2) o direito não é um *em-si* ôntico, mas, sim, retórico**⁵⁵³. Nessa hipótese, como justificar a *escolha* e *imposição* de um princípio e (o “e”, aqui, indica uma relação lógica de *necessidade*) a sua consequente transformação em norma geral e abstrata (no âmbito da subjetividade processual não vemos problema, pois a pacificação de conflitos participa da própria essência do Judiciário) fora do *majoritarismo*, isto é, do processo legislativo típico da democracia representativa e deliberativa? Retomando a ilustração da ADPF nº 54–DF, que *legitimidade* tinha a Corte para afirmar a necessidade de respeito à vida, integridade física e dignidade das gestantes, e não dos nascituros?⁵⁵⁴ Não seria melhor a companhia da tese derrotada, segundo a qual o assunto deveria ser resolvido pelo Congresso Nacional, intérprete dos “valores culturais da sociedade”, como afirmou o Ministro Cezar Peluso, ao votar contra a admissibilidade da ADPF (acompanhado dos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Carlos Velloso)? Ou, por outro lado, a mera existência de um processo de justificação racional da decisão é suficiente para estabelecer juízos abstratos de vinculação geral fora do princípio majoritário?

Ressalte-se que a justificação *pode, é e deve ser* racional, exigência que se faz não somente ao Judiciário, mas a todos os Poderes do Estado (o legislador, *verbi gratia*, faz esforços de argumentação racional em vista do posterior controle de mérito – de *razoabilidade* e *proporcionalidade* – feito pelo Judiciário, o que está em conformidade com o princípio da separação de Poderes). O que cabe discutir é se o direito, sendo em si mesmo um instrumento majoritário e conformador – um constructo social e cultural resultante da composição de forças reais num dado momento histórico-político –, pode ser formulado *contra-majoritariamente*, isto é, apenas de modo argumentativo-racional⁵⁵⁵.

553 Tornaremos a esse ponto no item 3 (“Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: a *revisão judicial* se torna *visão judicial*”) deste Capítulo.

554 No mérito, se nos fosse perguntado, diríamos que concordamos com o aborto de fetos anencefálicos; discordamos apenas de que essa decisão, genérica e abstrata, pudesse ter sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo Parlamento.

555 Já adiantamos que *pode*, numa excepcionalíssima hipótese: quando o constitucionalismo se revelar a única forma de proteger uma minoria contra os desvios do processo de deliberação do majoritarismo.

Dito de outro modo: considerando que “construir vs. encontrar” constitui uma falsa contradição, diante da natureza retórica do direito e da impossibilidade de acesso à sua mítica realidade ôptica, como controlar aquele que o **pronuncia** (por meio de uma retórica vinculante, violenta e irresistível) e **executa**?

Tornaremos a essa questão.

1.2 Uma questão externa: a *necessidade* de *supremas* normas gerais e abstratas

A legitimidade do Supremo Tribunal Federal para a produção de normas gerais e abstratas pode também ser enfocada pelo **prisma da necessidade**, o que evidencia uma inequívoca *vontade de poder*, fonte originária do ativismo judicial. Pensemos assim: se a efetiva satisfação do direito a uma ação normativa (*normative Handlung*) depende da produção de atos estatais de criação de normas jurídicas – do que decorre a impossibilidade de abstenção jurisdicional ao argumento de inexistência de norma jurídica, porquanto os conflitos de interesse precisam, afinal, ser pacificados –, isso se pode satisfazer, se necessário, com a criação de normas para o caso, isto é, concretas. Essa é a função do Judiciário: elaborar a norma específica que vai resolver a lide, razão pela qual lhe é vedado o socorro ao *non liquet*. Mas e no campo da abstração e da generalidade? Se a falta de norma não compromete a realização específica do direito fundamental, que pode ser demandado processualmente, recebendo, desse modo, *concretude intersubjetiva*, porque editá-la fora do processo legislativo?

Porque há vontade de poder, como dissemos.

Vejamos o caso da regulação judicial do direito de greve dos servidores públicos. Na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107⁵⁵⁶, o Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo Ministro Moreira Alves, havia fixado a natureza não concretista dessa espécie de ação, cujo objeto se cingiria à declaração e constituição da *mora legislativa*, sem efetivação do direito no caso decidendo (isto é, objetivamente). Sob essa orientação,

556 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Mandado de Injunção (QO/MI) nº 107-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Julgada em 23 de novembro de 1989. Publicada no DJ de 21 de setembro de 1990, p. 09782, Ementário Vol. 01595-01, p. 1.

a Corte julgou o Mandado de Injunção nº 20-DF⁵⁵⁷, negando à categoria postulante o direito ao exercício da greve enquanto não editada a lei faltante. No mencionado Mandado de Injunção nº 670-ES (bem como no Mandado de Injunção nº 708-DF⁵⁵⁸ e no Mandado de Injunção nº 712-PA⁵⁵⁹, julgados na mesma oportunidade), porém, o Tribunal, revisando de maneira absolutamente *poderosa* o entendimento pretérito, reconheceu a legitimidade do direito de greve não apenas para a classe de servidores impetrante, *mas para todas as categorias de servidores públicos*. No curso dessa positivação genérica e abstrata, houve, inclusive, recusa a pedido de desistência formulado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, nos autos do Mandado de Injunção nº 712-PA:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 5º, LXXI, DA CB/88. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA TARDIO. JULGAMENTO INICIADO. NÃO CABIMENTO. CONTINUIDADE DO PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. É incabível o pedido de desistência formulado após o início do julgamento por esta Corte, quando a maioria dos Ministros já havia se manifestado favoravelmente à concessão da medida. 2. O mandado de injunção coletivo, bem como a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser utilizado como meio de pressão sobre o Poder Judiciário ou qualquer entidade. 3. Sindicato que, na relação processual, é legitimado extraordinário para figurar na causa; sindicato que postula em nome próprio, na defesa de direito alheio. Os substitutos processuais não detêm a titularidade dessas ações. O princípio da indisponibilidade é inerente às ações constitucionais. 4. Pedido de desistência rejeitado. Prosseguimento do mandado de injunção.⁵⁶⁰

557 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 20-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 de maio de 1994. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1996, p. 45690, Ementário Vol. 01851-01, p. 1.

558 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 708-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206, em 31 de outubro 2008, no Ementário Vol. 02339-02, p. 207, e na RTJ vol. 00207-02, p. 471.

559 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 712-PA*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206, em 31 de outubro 2008, e no Ementário Vol. 02339-03, p. 384.

560 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Mandado de Injunção (QO/MI) nº 712-PA*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgada em 15 de outubro de 2007. Publicada no DJe-147 de 23 de novembro de 2007, no DJ de 23 de novembro de 2007, p. 30, Ementário Vol. 02300-01, p. 10, e na RTJ Vol. 00205-03, p. 1029.

Ficou de fora o *passo intermediário*, isto é, a *densificação intersubjetiva* (nos limites do processo sob julgamento) do direito fundamental social de greve, providência que, sem ignorar a riqueza e peculiaridades do caso concreto, já serviria à realização da promessa constitucional (essa riqueza e particularidades, no entanto, acabaram postas de lado em benefício de uma construção linguística que, mais próxima do discurso legislativo, alcançasse, como *facti specie*, todas as situações assemelhadas). É esse *plus ultra* da jurisdição constitucional, resultante não da mera demanda e provocação social, mas do desejo deliberado de ocupação de espaço, que pode, a nosso juízo, desequilibrar, por hipertrofia do Judiciário, a balança dos poderes.

É o momento de retomarmos o princípio geral e sistêmico do *non liquet*, a que nos referimos no título deste **item**, para indagar se o silêncio normativo formal do Parlamento autoriza o Judiciário a normar em seu lugar ou se, antes, uma posição cautelosa, que reconheça um positivo sentido nesse mutismo, nessa malacia, não se revela mais conforme com os esteios de um Estado não apenas democrático, mas fundamentalmente *de direito*. A nosso juízo, sendo possível o restabelecimento da paz social por meio da dicção em nível apenas processual-intersubjetivo (há exceção, conforme já anunciamos e veremos), simplesmente não há motivo para recorrer ao *claro* ou *vácuo legal* como justificativa para o pronunciamento judicial no âmbito da objetividade, abstração e generalidade. Uma conduta absenteísta do Judiciário, antes, contribui para a instauração do debate democrático em torno do problema sem excluir (ao contrário, distribuindo responsabilidades equitativamente) o Legislativo.

A esse respeito, vale conferir as ponderações *minimalistas* de Guilherme Soares, que aponta três virtudes no silêncio dos magistrados em face de questões mais amplas e controvertidas, recomendando-lhes “não dizer nada além daquilo que seja necessário para resolver o litígio que lhes é apresentado”:

Três delas merecem ser destacadas. A **primeira** é sua capacidade para reduzir os encargos suportados pelas decisões judiciais. É de esperar que os juízes necessitem de menos tempo, informação, debate e reflexão para decidir um menor número de questões. Isso é especialmente importante em órgãos colegiados de julgamento, quando qualquer decisão depende do acordo entre dois ou mais juízes. A **segunda** virtude

é a capacidade de tornar os erros judiciais menos frequentes e, sobretudo, menos danosos. Um tribunal que deixa muitas questões em aberto não estará excluindo opções de maneira que possa causar um grande mal. Ademais, um tribunal que decide relativamente pouco também estará reduzindo os riscos que advêm da intervenção em sistemas complexos, nos quais uma alteração, ainda que pontual, pode gerar enormes transtornos não previstos ou de difícil previsão. A **terceira**, e também mais notável, virtude é a relação harmônica do minimalismo com a democracia.⁵⁶¹ (Os destaques não pertencem ao original).

Sucintamente, essa postura cautelosa favorece a adoção de “passos curtos, reversíveis, permitindo a si mesmos acomodar desenvolvimentos inesperados”, reconhecendo o valor e a necessidade de uma modéstia teórica da jurisdição (com sua “moralidade distintiva”) em uma sociedade pluralista⁵⁶².

Desse modo, se o silêncio do Legislativo **deve ser respeitado como regra**, o do Judiciário deve ser **incentivado**. Este ramo, que não é o *menos perigoso*, para usar uma expressão (voltada contra ele próprio) de Alexander Bickel⁵⁶³, deve privilegiar decisões que não excedam o necessário para a resolução da lide, evitando a repercussão de seus efeitos não apenas sobre casos futuros, mas também como norma de caráter geral, bem como poupando os demais Poderes de constrangimento na realização de escolhas normativas.

Isso não significa, porém, que todas as decisões judiciais amplas e abstratas devam ser vetadas. Há uma pequena parcela delas, em matéria de princípios e direitos fundamentais, **no contexto da função contramajoritária**, que são essenciais a uma verdadeira democracia. Mais alguns passos e chegaremos a esse ponto.

561 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, 358 p.

562 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, 358 p.

563 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986 (para A. Bickel, o Judiciário pode se encarregar de questões polêmicas e difíceis por ser o menos interessado em seu desfecho, portanto, o menos perigoso dos ramos do Estado).

2. A criação judicial de direito genérico e abstrato e o princípio da divisão de Poderes no contexto do espaço democrático: muito além da liberdade hermenêutica de M. Heidegger e H-G Gadamer

“No regime constitucional, a lei é a reguladora universal da obediência; e o poder que a quebra introduz no mecanismo social um princípio de desorganização cujas consequências nunca se podem calcular.”

Rui Barbosa

“This is a court of law, young man, not a court of justice.”

Oliver Wendell Holmes

É certo, como nos temos dedicado a *demonstrar*⁵⁶⁴, que desde o reconhecimento do potencial hermenêutico decorrente do caráter aberto e principiológico dos textos constitucionais – especialmente os da segunda geração –, verdadeiro *convite* à atuação concretizadora dos Poderes Executivo e Judiciário, o que se deu *pari passu* com a ruína do mito do legislador onisciente e da tese da resposta única do direito, a classe da magistratura consolidou sua condição de intérprete-criadora indispensável à efetivação do *direito*.

Ocorre que a substituição do *império do Legislativo* pelo *império do Judiciário*, para angariar legitimidade num mundo construído sob os auspícios da estabilidade e segurança jurídicas supostamente proporcionadas pela lei formal, careceu de empreender novo *fechamento* da interpretação, o que se deu por meio da monopolização da hermenêutica pelas Cortes constitucionais. Esse fenômeno de *positivação da jurisprudência*, que feriu de morte o pluralismo político-ideológico-interpretativo que está na essência de uma concepção retórica e cética do direito, ao pretender reduzir ao mínimo as diferentes pos

564 Talvez fosse mais honesto escrever “persuadir”.

sibilidades de interpretação por parte das instâncias inferiores (especialmente dos juízos singulares), hipertrofiou o Judiciário na figura de seu órgão de cúpula (entre nós o Supremo Tribunal Federal), comprometendo o núcleo da separação de Poderes, arranjo destinado a impedir o surgimento de um superpoder, absoluto e capaz de sufocar os demais, protegendo, em última instância (mas com preponderância), a sociedade e o indivíduo contra o Estado⁵⁶⁵.

Nesse curso, além de o sistema de fontes característico da *civil law* haver sido alterado, o conteúdo dos *princípios da reserva legal* – nos termos do qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – e da *igualdade perante a lei* também precisou ser revisitado: com efeito, atualmente deve-se dizer que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa não apenas em virtude de lei, mas também de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (para não mencionar decisões obtidas por outros instrumentos processuais); semelhantemente, a igualdade deve ser exigida não somente em face da lei, mas também de provimentos da Corte Suprema. Recordando antigo gracejo, *aos amigos tudo se deve conceder; aos inimigos, o consolo há-de se encontrar na lei e nas súmulas e decisões do Supremo Tribunal Federal*.

Não é preciso percepção apurada para notar que esse fenômeno não ocorre de forma pacífica e sem fricções. Realmente, diversamente do que se passa na *common law*, em que há incontestante aproximação entre as atuações do juiz e do legislador, tanto na criação de fontes do direito – os *precedentes*, quando estabilizados, se integram ao ordenamento jurídico como ato normativo dotado de força vinculante –, quanto na revogação ou suspensão da eficácia delas (o abandono de um precedente envolve dificuldades que se aproximam do processo de revogação de uma lei), entre nós uma concepção mais orgânica (de inspiração europeia-continental, como vimos) da separação de poderes tornou o sistema historicamente mais infenso à colaboração normativa⁵⁶⁶, impedindo que uma forma forte de ativismo judicial, como essa de que resulta criação de direito judicado geral e abstrato, conseguisse passar despercebida.

565 Algo que talvez a crítica ainda não tenha notado porque, até o momento, o *poder* tem sido bem exercido (do ponto de vista da finalidade, não da técnica) pelas Cortes constitucionais.

566 O que tem seu aspecto negativo, como vimos no Capítulo II deste texto.

Por óbvio que um ordenamento jurídico demasiado rígido e impermeável à atuação normatizadora (no âmbito da subjetividade processual) do Judiciário não teria condições de prosperar, seja pela incapacidade de Legislativo e Executivo darem respostas concretas a todas as demandas sociais, seja pela própria natureza do direito – que não se constrói nem de uma única vez nem de uma vez por todas, mas, sim, de forma processual, vinculado à realidade política, social e cultural –, ou, ainda, pelas pretensões de uma democracia que não seja puramente procedimental (isto é, que satisfaça exigências *substantivas*).

De fato, o Poder Judiciário reúne condições de contribuir não apenas para a concretização intersubjetiva daqueles direitos fundamentais que, se permanecessem dependentes da atuação legislativa ou executiva, poderiam nunca se realizar (ou se realizar apenas tardiamente, o que contribuiria para a consolidação da injustiça, na célebre advertência de Rui Barbosa), mas também para a atualização e rejuvenescimento da Constituição em face da mutável infraestrutura econômico-social⁵⁶⁷, dispensando, muita vez (quando respeitados os limites linguísticos do texto), a atuação do poder constituinte derivado formal (tarefa que, por essencialmente majoritária, vemos com reservas).

Nesse sentido, a influência da *common law* sobre a *civil law* em matéria de construção judicial do direito é salutar e não pode ser ignorada:

Para a *rule of law*, o desenvolvimento do direito é um processo inacabado, historicamente sempre aberto. [...]. Para a *rule of law*, o direito se origina a partir de experiências sociais concretas. [...] o estímulo para o desenvolvimento do direito provém da constatação da insuficiência do direito existente, isto é, da prova de sua injustiça no caso concreto [diferente da] concepção do direito que subjaz no *Rechtsstaat* [que] tem seu ponto de partida no ideal de justiça abstrata. A preocupação com a injustiça dá concreção e vida à *rule of law*. A tendência à justiça afasta o Estado de direito dos casos.⁵⁶⁸

567 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

568 "Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. [...]. Para el *rule of Law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. [...] el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto [diferente de la] concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* [que] tiene

Mais do que *densificação de princípios, concretização de direitos fundamentais, defesa da Constituição* contra leis que contra ela atem e proclamação de *mutação constitucional*, **todavia**, tem o Judiciário se dedicado a, volitivamente, como vimos no item 1 deste Capítulo, construir direito geral e abstrato, regulando situações de *vazio legislativo* (que pode não derivar de simples falta de vontade política, como se costuma criticar, mas, sim, da existência de *desacordos substanciais*, como veremos a seguir). Ao fazê-lo, tem assumido a prerrogativa de eleger princípios e valores morais para, dotando-os de eficácia normativa geral, impô-los à comunidade subestatal, desbordando os limites subjetivos do processo.

Há problemas nisso. O **primeiro**, *de ordem hermenêutica*, concerne à *inconciliabilidade*, no instrumento da decisão judicial, das tarefas de garantia de previsibilidade e segurança jurídica (nos moldes da lei formal) e promoção do ideal de justiça⁵⁶⁹. Com efeito, a ampliação da certeza linguístico-discursiva da jurisprudência, exigência de um Estado legalitário, caminha na direção contrária da adequação da decisão às singularidades do caso concreto. Isso porque cada caso concreto é singular e irrepetível, exigindo (para atendimento das expectativas dos jurisdicionados) interpretação não apenas da norma, mas também dos elementos fáticos (que podem e muitas vezes são erráticos) que o compõem⁵⁷⁰. Por essa razão, compete (ou deveria competir, tarefa que se tem esvaziado) ao magistrado empreender a reconstrução do caso para apenas depois apreciar o ordenamento jurídico em sua inteireza (tanto quanto possível), em busca da norma (e interpretação da norma) mais ajustada às particularidades da lide concreta.

su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al *rule of law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/cec/.../Zagrebelsky_sesion1.doc>. Acesso em: 1º de agosto de 2013. (Tradução livre).

569 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011 (especialmente os Capítulo 2 e 3).

570 Nesse sentido, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas (da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O **segundo**, de ordem política, corresponde a saber se o órgão de cúpula do Poder Judiciário, além do equívoco esvaziamento da faticidade dos casos por meio da compartimentação (cada vez mais sucinta) léxico-modal da jurisprudência, pode realizar escolhas *em tese* em matéria de *teoria moral* ou *econômica*. No caso brasileiro, consiste em determinar o seguinte: podem certos e poucos senhores, ainda que de modo *unísono* – algo que se poderia reivindicar, a fim de tornar possível a identificação de um vetor decisório (com espaço, claro, para os dissonantes e discordes, em apartado) na solução de demandas delicadas – e *racional-persuasivo* fazer opções abstratas, mas a todos imponíveis, em sede de *teoria ética* ou *político-econômica* (o que envolve sempre um posicionamento ideológico)? Poderiam adotar uma teoria da justiça *utilitarista* (à moda *Bentham-Mill*⁵⁷¹), *pragmático-consequencialista* (à moda *Peirce-James-Dewey-Holmes*⁵⁷²), *distributiva* (à moda *Rawls*⁵⁷³) ou *não-consequencialista* (à moda *Nozick*⁵⁷⁴), com consequências não apenas para o Estado, mas também para a sociedade civil, considerada coletiva e individualmente⁵⁷⁵?

571 Relativa à filosofia econômico-moral de Jeremy Bentham (Londres, 15 de fevereiro de 1748 – 6 de junho de 1832), James Mill (Northwater Bridge, 6 de abril de 1773 – Londres, 23 de junho de 1836) e John Stuart Mill (Londres, 20 de maio de 1806 – Avignon, 8 de maio de 1873), nos termos da qual, resumidamente, questões da classe “de que maneira proceder?” deveriam ser analisadas em termos de *maximização da utilidade*.

572 Concernente à filosofia de Charles Sanders Peirce (Cambridge, 10 de setembro de 1839 – Milford, 19 de abril de 1914), William James (Nova Iorque, 11 de janeiro de 1842 – Chocorua-EUA, 26 de agosto de 1910), John Dewey (Burlington, 19 de outubro de 1859 – 1º de junho de 1952) e Oliver Wendell Holmes, Jr. (Boston, 8 de março de 1841 – Washington, 6 de março de 1935), segundo a qual o sentido de uma ideia deve corresponder ao conjunto de seus desdobramentos práticos.

573 Referente a John Rawls (Baltimore, 21 de fevereiro de 1921 – Lexington, 24 de novembro de 2002), autor do mais bem-sucedido (em termos de popularidade) argumento contratualista do século XX.

574 Correspondente a Robert Nozick (Nova Iorque, 16 de novembro de 1938 – 23 de janeiro de 2002), autor da mais contundente crítica libertária (*Anarquia, Estado e Utopia*) à obra de John Rawls.

575 A normação legislativa atinge toda a sociedade, mas, normalmente, incomoda mais a um ou outro indivíduo. Se ela resulta do processo democrático representativo, nele não tendo havido desvios ou incorreções, a regra da maioria deve prevalecer, submetendo os discordantes (desde que não signifique uma opção majoritária tirânica contra os direitos fundamentais de uma minoria). Mas e se a normação causadora do incômodo não tiver surgido do princípio majoritário, e sim de uma decisão judicial? Não ficaríamos tentados a ver consequências práticas na constatação shakespeariana: “Todo mundo é capaz de dominar uma dor, exceto quem a sente.”?

Entendemos que não⁵⁷⁶. Na verdade, sequer o Congresso Nacional, com seus 594 integrantes, se pudesse produzir consenso suficiente para adotar uma teoria da justiça ou uma teoria moral, poderia fazê-lo abstratamente e para *todos os casos*, porquanto encontraria limites no respeito à *pluralidade*, um dos elementos fundantes da democracia⁵⁷⁷. Se o fizesse sem limites, ainda que mediante processo legislativo regular, poderia corromper o majoritarismo num mecanismo incontinente de prevaecimento, perpetuação e opressão da maioria contra a inderrogável liberdade da minoria. Ademais, se nem toda decisão majoritária pode ser considerada legítima apenas por haver atribuído às pessoas os mesmos direitos de participação política (“um procedimento de deliberação pode atribuir aos seus participantes os mesmos direitos de voz e voto, mas ainda assim carecer de legitimidade”⁵⁷⁸) nem toda razão⁵⁷⁹, mesmo que submetida ao crivo do *debate público* e por ele consagrada, pode justificar, só por isso, uma vinculação de todos⁵⁸⁰. Nessa situação, caberia à jurisdição a tarefa de corrigir a degradação autoritária do majoritarismo.

Mas e se é o próprio Judiciário que realiza a escolha de princípios ou teoria moral para aplicá-la abstratamente, *erga omnes*? Como

576 Entraremos em detalhes no próximo item.

577 Salvo se claramente adotada em dada sociedade uma concepção *schumpeteriana* de democracia (também chamada de *democracia de public choice* ou de *liderança competitiva*), na qual o relevante é a eleição do líder que decidirá por todos. (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 321).

578 FACUNDES, Jair Araújo. *O pluralismo, o Direito e a ayahuasca*: Os direitos fundamentais como fator de legitimação do exercício do poder no mundo desencantado. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013 (dissertação de mestrado), p. 134

579 Nesse sentido, divergimos da posição de Aulis Aarnio (AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable*: la justification em droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 57-58), para quem, embora seja difícil produzir acordo em torno de valores em uma verdadeira democracia, é possível encontrar *consenso valorativo* a partir da posição dos valores da maioria. Para Aarnio, a *aceitabilidade* (conceito fortemente diferente de *aceitação*, que não precisa satisfazer a um critério de racionalidade) das decisões judiciais decorre da razoabilidade da interpretação, que, por sua vez, depende de sua correspondência com a *moralidade social* (de que a comunidade jurídica partilha). Esse conteúdo moral do direito pode e deve ser encontrado durante o processo argumentativo, um expediente necessariamente racional, discursivo e intersubjetivo, que deve aproximar os conceitos de *legalidade* e *razoabilidade*.

580 Segundo R. Dworkin, apenas aquela razão baseada no igual respeito e consideração por todos (de modo que os derrotados se sintam contemplados no diálogo e parte da comunidade) poderia empreender tal vinculação. Para J. Rawls, ser-lhe-ia vedado, de todo modo, dispor sobre temas como *moralidade*, *religião* ou *filosofia* (ponto, aliás, que o afasta de R. Dworkin).

controlá-lo, considerando que a ele caberá decidir eventual demanda que lhe conteste a decisão ou autoridade?⁵⁸¹ A hipertrofia do discurso judicial fundada no argumento de que os tribunais são o fórum mais adequado para a discussão e fixação de *direitos* (numa retomada do essencialismo jurídico, que obscurece o caráter retórico do direito) constitui o mais sério ataque ao núcleo essencial e irredutível da separação de Poderes.

Estamos nos aproximando do cerne dessa discussão.

3. Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: *a revisão judicial se torna visão judicial*

“Há no mundo uma raça de homens com instintos sagrados e luminosos, com divinas bondades do coração, com uma inteligência serena e lúcida, com dedicações profundas, cheias de amor pelo trabalho e de adoração pelo bem, que sofrem, que se lamentam em vão. Estes homens são o povo.”

Eça de Queiroz

“O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: Eu, o Estado, sou o povo”.

Friedrich Nietzsche

“A esperança nos juízes é a última esperança.”

Rui Barbosa

581 Acresça-se, à limitação política do Judiciário, uma questão prática autoevidente: o processo de decisão, mesmo no âmbito de uma Suprema Corte, não apresenta as mesmas dificuldades nem inclui os mesmos atores ou encerra o mesmo tipo de dialética que o processo legislativo.

Apreciamos, até o momento, o argumento da vulneração do princípio da separação de Poderes como impedimento senão de todas as formas de ativismo judicial, de duas delas, uma das quais particularmente nos interessa, a criação de norma judicada geral e abstrata. O segundo, que ora nos propomos a examinar, diz respeito à eventual afronta à **democracia representativa** (ou ao *princípio majoritário*) pela **jurisdição constitucional** (*revisão judicial* ou, ainda, *constitucionalismo*). A análise desse argumento implica questionar acerca de *quem* decide sobre *política e direitos* numa democracia deliberativa. Nosso propósito consiste em persuadir que a condição de *fórum necessário* (senão exclusivo) de *direitos* (ou “princípios”, para usar um vocábulo *dworkiano*) postulada pela jurisdição é não apenas falaciosa⁵⁸²-pretensiosa, mas democraticamente perigosa – assumindo, nessa crítica, um ponto de vista consequencialista, por considerarmos que (i) o direito não é um *em-si* ôntico (não tendo, nesse sentido, um privilégio ontológico), mas, sim, retórico⁵⁸³; (ii) não existe *a* resposta corre-

582 Na medida em que, como veremos, as decisões sobre direitos, nas Cortes (pouco importando o tamanho do plenário), é argumentativa, retórica.

583 Essa é, obviamente, uma hipótese radical – e que não precisa ser tomada necessariamente segundo uma lógica de “tudo ou nada”. O que pretendemos significar (e o título do trabalho remete a esse ponto) é que, contra uma leitura *moral* do direito – como entendemos a proposta *dworkiana*, que conduz a um prestígio, talvez hipertrófico, da hermenêutica jurídico-filosófica e do papel do juiz –, parece-nos, numa perspectiva cínico-cética, que ele resulta (especialmente no *momento* em que a norma-decisão é construída) mais dos mecanismos da política, entendida em sentido lato. De modo indireto, esse tema esteve presente no nascedouro da *judicial review* nos Estados Unidos, quando se questionou, a nosso juízo mui razoavelmente, o aporte pelo Judiciário, para o processo decisório, de elementos de um suposto *direito natural* subjacente às normas constitucionais (o caso *Calder vs. Bull*, de 1798, é ilustrativo, merecendo consulta o embate entre os *justices* Samuel Chase e James Iredell), o que foi recusado (pelo menos inicialmente). Conferir, a propósito, o item 3 (“Fricções entre jurisdição constitucional e democracia representativa: a revisão judicial se torna visão judicial”), especialmente o subitem 3.2 (“A amplificação das tensões: a decisão sobre direitos e a interpretação constitucional (para uma distinção entre revisão judicial e visão judicial” do Capítulo V (“A limitação da interpretação: restrições à criação judicial do direito – da norma judicada abstrata e original – para além da discussão retórica vs. essencialismo jurídico) deste texto.

Segundo C. Wolfe, foi a opinião praticamente generalizada – no que chamou de *Era de Transição* – de ver a Constituição Americana como representativa de princípios de direito natural a razão pela qual não se percebeu, inicialmente, que os juízes estavam utilizando outro parâmetro, que não o texto constitucional, para aferir a constitucionalidade das leis e atos governamentais. Essa circunstância permitiu que esse *controle*, feito a partir de princípios, a princípio raro, posteriormente superasse o *controle moderado*. Como os princípios de direito natural são controvertidos, seu uso na prática permite que o juiz aplique os princípios nos quais acredita ou que reputa necessário (WOLFE, Christopher. *La transformación*

ta, mas apenas respostas aceitáveis (ou melhores que outras, segundo H-G Gadamer); (iii) divergências teóricas ou práticas, mesmo acerca de moralidade, são normais, esperadas e fecundas numa sociedade democrática plural e cada vez mais multicultural⁵⁸⁴; (iv) desacordos sobre *direitos*, conquanto que não permitam a eliminação de uma minoria nem lhes comprometam a qualidade de gozo da cidadania, são salutares, na medida em que enriquecem o debate público e fortalecem a própria democracia⁵⁸⁵; (v) não se pode recusar ao *povo* o direito de errar em nome dos duvidosos benefícios securitários provenientes da *palavra derradeira*.

Divergência e heterogeneidade são forças criativas, indispensáveis ao bom funcionamento do governo constitucional [...]. No espectro da política jurisgenerativa, a valorização da pluralidade, do reconhecimento da diferença e da inclusão do outro por meio do diálogo, tornam-se compromissos básicos de uma sociedade constitucional.⁵⁸⁶

Circunscreveremos nossa análise às *decisões sobre direitos* (ativismo judicial de que resulta criação de norma jurídica geral e abstrata), deixando de fora as *decisões sobre política*, por uma dupla razão: (i) metodologicamente, porque, em nosso recorte epistêmico, nos exoneramos de investigar e criticar o ativismo taxonomicamente *político-judicializador*; (ii) pragmaticamente, porque mesmo R. Dworkin,

de la interpretación constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 157 e 158). C. Wolfe adverte, porém, que “tem sentido que um legislador pergunte se a legislação proposta é consequente com os princípios de nosso governo, é dizer, com os objetivos da política de acordo com a filosofia implícita na Constituição. Todavia, é um passo muito grande disto a dizer que o poder judicial deveria agir deste modo” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 158) (“[...] tiene sentido el que un legislador pregunte si la legislación propuesta es consecuente con los principios de nuestro gobierno, es decir, con los objetivos de la política de acuerdo con la filosofía implícita en la Constitución. Sin embargo, hay un paso muy grande de esto a decir que el poder judicial debería actuar de este modo”) (Tradução livre).

584 Constatação que **não** implica uma defesa de *relativismo moral*.

585 A controvérsia e a diferença são elementos inderrogáveis de uma verdadeira democracia, considerada, por Carl Gustav Jung, como aquela onde há “luta de uns contra os outros, dentro de certas condições individuais e coletivas”, necessários, de todo modo, “certos fatores de ordem”. (JUNG, Carl Gustav. *Aspectos do drama contemporâneo*. Trad. Márcia C. de Sá Cavalcante. 3ª ed. Vozes: Petrópolis, 2007, p. 45).

586 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, 358 p.

autor da mais forte concepção moralizadora do direito na contemporaneidade, defendeu que tanto na *common law*, quanto na *civil law*, os *argumentos de procedimento político* devem prevalecer na órbita parlamentar-governamental, não competindo ao Poder Judiciário decidir sobre qual política pública deve ser adotada (porquanto lhe falta legitimidade para realizar opções relacionadas ao bem-estar geral)⁵⁸⁷.

Tornando ao ponto: há efetiva e insuperável oposição entre *democracia representativa* e *constitucionalismo* (aqui entendido como *jurisdição constitucional*), devendo aquela ficar com todas as decisões *sérias* (decisões sobre políticas e direitos) da comunidade estatal, de modo que os *direitos* sejam uma construção sempre *procedimental* e nunca *substantiva*, ou, ao contrário, como sugere R. Dworkin, devem as questões sobre *direitos* – que são questões de princípios – ficar a cargo dos juízes, que possuem mais *expertise* (e, supostamente, menos amarras ideológicas e político-partidárias que o legislador) para tanto? Ou, ainda, é possível encontrar uma solução que, prestigiando a um só tempo Parlamento (normação geral) e Judiciário (normação concreta, dada mediante densificações principiológicas, declarações de mutação, concretização de direitos), reserve a esse último um papel funcional de corrigir os rumos do majoritarismo, limitando o *governo do povo*? Um dado é certo: não havendo (cremos que há) ponto de conciliação, isto é, de colaboração interinstitucional, “quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional”⁵⁸⁸.

Antes, uma autoadvertência terminológica: a tensão não é exatamente entre *democracia representativa* e *constitucionalismo*, mas entre *majoritarismo* e *constitucionalismo* (ou entre *majoritarismo* e *revisão judicial*), porque a jurisdição constitucional é elemento integrante

587 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

588 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d.

e indispensável da democracia⁵⁸⁹⁻⁵⁹⁰⁻⁵⁹¹⁻⁵⁹² (sistema que inclui *maioria e minoria*, esta se valendo da jurisdição para contestar as decisões tomadas por aquela quando lhe ofendam direitos de participação ou direitos fundamentais). Basta ver o seguinte: histórica e sociologicamente, a própria *representação parlamentar* surge, no imediato pós-Revolução Francesa, como instrumento contramajoritário (girondino), isto é, destinado a controlar as *massas*, o povo (jacobinos). Tendo, porém, se tornado expediente próprio do majoritarismo, no seio da mesma democracia se *construiu* a doutrina do *constitucionalismo* (com o objetivo de syndicar a maioria e sua segunda forma de expressão, a *representação*).

589 Cf., a respeito, KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público n.º 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

590 *Democracia* é, ademais, desses conceitos plúrimos que encerram subtemas como *igualdade, pluralismo, liberdade, participação, respeito a direitos individuais e coletivos e organização estrutural do Estado*. Com apoio em Conrado Hübner Mendes (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, tese de doutorado, 267 p.), que a toma numa perspectiva *gradualista*, vamos considerá-la como “empreendimento coletivo permanente”.

591 Embora por outras razões, Nicola Matteucci (BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gioanfranco. *Dicionário de política*, 2 Vol. Trad. Carmen C. Varriale *et alli*. 8ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, Vol. I, p. 257) considera que *constitucionalismo e democracia* são doutrinas diversas, mas não contraditórias, não havendo “hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional”. Ignora-se, como se vê, a *democracia de liderança competitiva* (*schumpeteriana* ou de *public choice*) e a *democracia deliberativa* (que pode ser procedimental pura ou procedimental-substancial).

592 A associação estrita entre *democracia e majoritarismo* conduziria à conclusão de que o constitucionalismo é “antidemocrático, na medida em que este ‘subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. [...] *Na verdade, a afirmação da existência de uma ‘tensão’ irrecorrível entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* (da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18-20) (Os destaques não pertencem ao original).

3.1 Primeiras tensões: a revisão judicial moderada e a *última palavra constitucional* (uma análise à luz da histórica norte-americana)

A *revisão judicial*, que se materializou indutivamente, isto é, a partir da experiência e da *necessidade*, mesmo em sua primeira, resstrita e recalitrante⁵⁹³ feição – a *judicial review* realizada pela Corte Marshall, nos Estados Unidos da América –, produziu atritos com o Parlamento, em razão do contexto não apenas histórico-político, mas também filosófico do período. Eram, como se sabe, *tempos de luzes* e, após séculos de obscurantismo, o Legislativo surgia como o Poder que, conduzido pela *razão*, estaria dedicado a assegurar liberdades e garantias individuais contra o Estado (alvo de desconfiança geral). A legislação por ele produzida, mais do que completa, seria a estritamente necessária, justa e garantista – e, por isso mesmo, inalterável por forças exteriores ao Parlamento, um verdadeiro *império*⁵⁹⁴.

A realidade, porém, sendo mais rica e complexa que a elaboração teórica, acabou por revelar os descaminhos do majoritarismo recém-estabelecido, tornando o controle de constitucionalidade, exercido pelos juízes, um fenômeno incontornável (parece merecer recordação a formulação de K. Hesse, *Not kennt kein Gebot*⁵⁹⁵). Mesmo H. Kelsen o reconheceu, indicando sua relevância para a proteção das minorias, alocando essa prerrogativa, entretanto, no próprio Parlamento:

No que tange, especificamente, aos recursos contra as leis, seria de extrema importância conceder a uma minoria qualificada do Parlamento o direito de interpô-los. Motivo su-

593 Como tivemos ocasião de mencionar (“Capítulo III – A necessidade da interpretação: a hermenêutica jurídica no contexto do estado moderno-social e o alvorecer do judiciário – do ôntico ao retórico. 3. Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a separação de poderes. 3.2. Os direitos constitucionais, especialmente os de prestação, e a atuação positiva do Poder Judiciário: a judicialização e o ativismo judicial. 3.2.1. Que isto, o ‘ativismo judicial’? Expressões de um fenômeno incontornável – ou uma *Hydra* de faces assimétricas), uma semana após *Marbury vs. Madison* a Suprema Corte dos Estados Unidos se recusou a julgar a constitucionalidade da *lei dos circuitos judiciários*, o *Judiciary Act* de 1801, no caso *Stuart vs. Laird* (1803).

594 Sir. William Blackstone, a esse respeito, declarou: “[...] É uma verdade que o que faz o Parlamento nenhuma autoridade sobre a terra pode desfazer.” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 130) (“[...] Es una verdad que lo que hace el Parlamento, nunguna autoridad sobre la tierra puede deshacer.”) (Tradução livre).

595 Conferir, a propósito, a nota de rodapé nº 299.

plementar para tal é o fato de que a justiça constitucional, conforme teremos que assinalá-lo a seguir, deve necessariamente ser posta, nas democracias parlamentares, a serviço da proteção das minorias.⁵⁹⁶

Realmente, para o jurista austríaco, o poder de interpretar e guardar a Constituição não poderia ser simplesmente transferido para o Judiciário como atividade de censura ao Poder Legislativo, sob pena de se instaurar um *governo de juízes*, como julgava ter ocorrido nos Estados Unidos. Por esse motivo, H. Kelsen vislumbrou o tribunal constitucional como uma partição do Legislativo. Por esse modelo, a atividade do *legislador negativo* não constituiria censura ao *legislador positivo*: seu trabalho não anularia o deste; ao contrário, haveria *substituição* da primeira decisão⁵⁹⁷⁻⁵⁹⁸.

Essas *fricções de primeira hora* não passaram despercebidas entre nós. Realmente, a Constituição de 1937 encerrava norma destinada a proteger o princípio majoritário contra as insurgências da jurisdição constitucional:

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

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

596 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público nº 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

597 Por isso, a eficácia da ação de legislação negativa seria sempre *ex nunc*, preservando-se os efeitos já produzidos pela legislação positiva. Bastante diferente do direito brasileiro, em que, como se sabe, há verdadeira reprovação, com desconstituição *ex tunc*, ao trabalho do legislador positivo.

598 A Constituição da Áustria vai adotar integralmente o modelo engendrado por H. Kelsen. Os tribunais constitucionais de Espanha, Portugal, Itália e Alemanha não estão previstos, nos textos constitucionais, no capítulo dedicado ao Poder Judiciário. Gradativamente, todavia, passaram a assumir funções *judiciárias*, distanciando-se do modelo kelseniano.

A propósito desse dispositivo, Francisco Campos, seu mentor intelectual, esclareceu que se tratava de exigência do mundo jurídico, “essencialmente o mundo da segurança e da ordem, [baseado,] além do postulado da justiça, nos dois postulados da certeza e da duração”⁵⁹⁹. Questionado se “a subordinação do julgado sobre inconstitucionalidade de lei à deliberação da Câmara dos Deputados não [despojava] o Poder Judiciário de uma prerrogativa que lhe era essencial” e se “não lhe [parecia] inconveniente, por outro lado, dar a um poder político a prerrogativa de decidir da constitucionalidade das leis”⁶⁰⁰, redarguiu:

Ora, tal prerrogativa não é um atributo que se encontre reconhecido universalmente ao poder judiciário. Ao contrário, é um atributo do poder judiciário do tipo americano, e mesmo nos Estados Unidos seriamente combatido com os melhores fundamentos.

A Constituição americana é, como se sabe, obra de um pequeno número de grandes legistas. A supremacia do Poder Judiciário, mediante a prerrogativa que lhe foi atribuída de guarda supremo da Constituição, foi um arranjo ou uma construção imaginada por legistas. [...]

O mecanismo de controle judicial, inventado pelos legistas americanos, correspondia, inteiramente, aos motivos, conscientes ou obscuros, que os inspiravam. O caráter dinâmico das instituições democráticas se achava coarctado por uma hábil propaganda, que conseguiu criar no público a convicção de que a peça teria por função proteger o povo contra os abusos do poder. [...].

Completando o processo, seguramente ingênuo e de boa fé, de dissimulação do papel conferido ao Poder Judiciário, a teoria procurou atenuar a sua importância, declarando que o julgamento dos tribunais pressupõe uma provocação e um litígio, isto é, que o supremo intérprete da Constituição não tem a faculdade de interpretá-lo em abstrato. Como observa, porém, Lord Birkenhead, quando o tribunal decidindo um litígio, declara a lei inconstitucional, o que ele decide, em última análise, é o caso da lei, privando-a de toda autoridade.⁶⁰¹

599 CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro. In.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229, p. 236.

600 CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro. In.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229, p. 246.

601 CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro. In.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229, p. 247-248.

E rematou:

A propósito da idealização de que o controle judicial foi objeto nos Estados Unidos, Allen Smith, falecido professor de ciência política na Universidade de Washington, escreve no seu livro póstumo 'The growth and decadence of constitutional government' (O crescimento e decadência do governo constitucional): 'Não há, provavelmente, outro exemplo, em toda a história da evolução constitucional, em que a opinião haja sido tão iludida quanto à verdadeira natureza de um arranjo ou de um artifício. A razão ostensiva de atribuir o poder de veto aos tribunais era a de prover um meio de tornar efetivas as limitações constitucionais; o objetivo real era, porém, o de concentrar o poder político na Suprema Corte dos Estados Unidos, e, mediante a função que lhe era conferida de interpretação final, transformar a constituição no baluarte do conservadorismo.'⁶⁰²

Essas tensões iniciais giraram em torno do *direito à palavra final*, fundamentalmente uma questão de *titularidade* da dicção constitucional derradeira⁶⁰³.

Segundo C. Wolfe, o argumento da *supremacia legislativa* derivaria do *princípio republicano*, nos termos do qual a soberania pertence ao povo, do qual está mais próximo o Poder Legislativo – que deveria, por isso, ter a prerrogativa de determinar o “significado último da lei fundamental”⁶⁰⁴; no entanto, pondera, a Constituição não está baseada unicamente no princípio da soberania do povo, assentando-se também no princípio da separação de Poderes e no sistema de freios e contrapesos, que, inclusive, constituem formas de proteção do *povo* contra o *governo* e das *minorias* contra as *maiorias* (que atuam por meio do Legislativo)⁶⁰⁵.

602 CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229, p. 248.

603 Embora a questão também possa ser vista como um embate intergeracional (entre a *geração presente* e a *geração passada*).

604 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 142.

605 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 142-143.

Após um período de influência da *supremacia do Legislativo*⁶⁰⁶ (muito sob os influxos da literatura inglesa), os Estados Unidos atra-

606 Segundo C. Wolfe (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 130-133), o caso *Eakin vs. Raub* é a melhor ilustração da doutrina da *supremacia legislativa* “na primitiva história dos Estados Unidos”. O caso tratava do controle judicial nos tribunais do Estado da Pensilvânia. O Presidente do Supremo Tribunal daquele Estado, John Gibson, diferenciava os *poderes políticos* (aqueles utilizados por um órgão do governo para controlar outro) dos *poderes civis* (os ordinários e apropriados por um órgão de governo de acordo com o direito comum). Os poderes judiciais de direito comum se limitavam a fazer cumprir o direito ordinário, não incluindo nenhum “poder político”, e a Constituição não outorgava ao Judiciário expressamente o poder de controle judicial – um poder político, pois exercido contra o Legislativo. O entendimento do juiz John Gibson sobre o *poder de controle judicial*, o *sistema de freios e contrapesos* e a *supremacia do Poder Legislativo* pode ser assim resumido: (i) o argumento central do *poder de controle judicial* reside no fato de estar implícito na Constituição: sendo a Constituição uma lei superior, tem primazia em caso de conflito com uma lei ordinária. Todavia, a questão deveria ser posta nos seguintes termos: pode o Judiciário apreciar tal colisão? Em que se baseia o Judiciário para realizar o controle da atividade do Legislativo? Se é legítimo que o Judiciário realize essa tarefa, pode o Legislativo afastar uma decisão judicial por entender que tenha o Judiciário interpretado mal a Constituição? Se o caso é de usurpação de poder judicial, não se pode considerar como usurpação do poder legislativo o controle judicial?; (ii) cada órgão do governo é igual – ou, pelo menos, tem uma capacidade superior para as suas próprias funções. Logo, “[...] a interpretação da Constituição neste caso particular [colisão do texto constitucional com leis ordinárias] pertence ao Legislativo, poder que se deve considerar como detentor de capacidade superior para julgar a constitucionalidade de seus próprios atos” (“[...] la interpretación de la Constitución en este caso particular pertenece al Legislativo, al que, por tanto, debe considerarse que tiene capacidad superior para juzgar sobre la constitucionalidad de sus propios actos”) (excerto da decisão do juiz Gibson em *Eakin vs. Raub*) (Tradução livre); (iii) a essência e a natureza de suas funções fazem do Poder Legislativo superior a qualquer outro, na medida em que a faculdade de ordenar e mandar é essencialmente superior à de atuar e obedecer; (iv) a doutrina dos freios e contrapesos (“controles e equilíbrios”) fora levada longe demais, além da intenção dos elaboradores da Constituição. O controle mais importante sobre o Legislativo consistiria no bicameralismo. Se quisesse o constituinte ter instituído o controle judicial, tê-lo-ia feito textualmente na Constituição – e não implicitamente; (v) não tem fundamento o argumento de que o controle judicial está restrito aos casos de violação evidente da Constituição pela lei ordinária, porquanto a existência abstrata de um poder não pode depender da claridade ou obscuridade do caso concreto em que se exerce; (vi) o juramento de defender a Constituição não é argumento consistente para o controle judicial, já que todos os funcionários do governo o prestam, e não apenas os juízes; (vii) a conduta oficial dos juízes não inclui o controle judicial; (viii) os juízes não violam a Constituição por colocar em vigor uma lei inconstitucional: sanção e aprovação são atos separados da interpretação, de modo que somente o Legislativo responde pelo conteúdo de uma lei; (ix) a supremacia do Legislativo não diminui a importância de uma Constituição escrita nem torna esse Poder ilimitado. A Constituição é importante para proporcionar princípios básicos aos quais possa o povo recorrer e com os quais possam os cidadãos se familiarizar; (x) é a força da opinião pública que impede os abusos constitucionais. Sem ela, mesmo

vessaram um período de tentativa de consolidação de uma solução intermédia, o chamado *controle coordenado*, mas com o equívoco propósito de resolver o problema sob o ângulo da disputa entre os Poderes do Estado (e não da realização de direitos fundamentais). Esse controle balanceado era defendido por Thomas Jefferson⁶⁰⁷ e James Ma-

o poder judicial seria ineficaz; (xi) o poder de corrigir os abusos contra a Constituição repousa no povo, no qual reside o poder absoluto e soberano, que pode mandar aos seus representantes que rechacem as leis detestáveis. E o Legislativo é o poder mais próximo do povo; (xii) o poder político que a Constituição conferiu aos juízes foi o de anular os atos das assembleias estaduais que ofendam o seu próprio texto. Nos termos do Artigo 6º da Constituição norte-americana, os juízes estão vinculados à Constituição e às leis dos Estados Unidos, independentemente das Constituições e leis dos Estados.

Todavia, esclarece C. Wolfe (*Op. cit.*, p. 133), em 1845 o próprio juiz John Gibson abandonou sua defesa da supremacia legislativa, baseando-se na aceitação tácita do controle judicial (resultante de uma posterior convenção constitucional da Pensilvânia) e na experiência da necessidade do caso. Para C. Wolfe, foi o reconhecimento da dificuldade que se impõe a um magistrado ao julgar um caso com base em lei claramente injusta e violadora de disposição constitucional.

De todo modo, C. Wolfe responde a alguns dos argumentos levantados pelo juiz John Gibson em favor da *supremacia legislativa* (*verbi gratia*: o Legislativo não poderia declarar nulo um ato judicial por entendê-lo inconstitucional, porquanto o ordinário é que as ações judiciais decorram da legislação, e não o contrário. C. Wolfe reconhece, porém, que essa resposta leva a questão para o *controle coordenado*, na medida em que, se podem os juízes se recusar a aplicar uma lei inconstitucional, porquanto atuam após o ato legislativo, também poderia o Executivo se recusar a fazer cumprir uma decisão judicial considerada inconstitucional).

607 A posição de T. Jefferson fora exposta em carta endereçada da Abigail Adams, na qual explicava o uso do poder presidencial para pôr em liberdade indivíduos presos em razão dos *Alien and Sedition Acts*: “Não há nada na Constituição que outorgue [aos juízes] o direito de decidir pelo Executivo, como tampouco ao Executivo para decidir [pelos juízes]. Ambos os poderes são igualmente independentes na esfera de ação que lhes foi assinada. [...] A opinião que confere aos juízes o direito de decidir que leis são constitucionais e quais não são, não apenas para si mesmos em sua própria esfera de ação, mas também para o Legislativo em sua respectiva esfera, faria do Poder Judiciário um poder despótico.” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 134) (“Pero no hay nada en la Constitución que les otorgue el derecho a decidir por el ejecutivo, como tampoco al ejecutivo a decidir por ellos (los jueces). Ambos poderes son igualmente independientes en la esfera de acción que se les ha asignado [...]. La opinión que concede a los jueces el derecho a decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, no sólo para sí mismos en su propia esfera de acción, sino también para el legislativo en sus respectivas esferas, haría del poder judicial un poder despótico”) (Tradução livre). Por esse entendimento, Executivo e Judiciário poderiam validamente divergir sobre a constitucionalidade de uma mesma lei, na medida em que a legitimidade de ambos era retirada da Constituição. Esse seria o método do controle recíproco entre os Poderes. Ao argumento de que disso poderiam resultar decisões contraditórias, T. Jefferson teria respondido, segundo C. Wolfe, que esse “é um defeito necessário em todos os procedimentos humanos” e que

dison⁶⁰⁸, para os quais cada Poder poderia interpretar a Constituição por si mesmo em questões que se lhes apresentassem corretamente. No entanto, eis aqui a crítica de C. Wolfe, (i) não é possível estabelecer com clareza quando um assunto está *adequada* ou *corretamente* sob a competência de um Poder (de que o caso levado à Suprema Corte por Marbury constituiria exemplo)⁶⁰⁹; (ii) tal *controle coordenado* pressuporia um conjunto de vetos absolutos, cada Poder podendo negar-se a dar efetividade aos atos que reputassem inconstitucionais (levado ao limite, essa doutrina poderia conduzir ou a um estado de paralisia

“a prudência dos funcionários públicos, e a autoridade da opinião pública [produziriam] adaptações” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 135) (“es un defecto necesario en todos los procedimientos humanos [y que] la prudencia de los funcionarios públicos, y la autoridad de la opinión pública, generalmente producirán adaptaciones”) (Tradução livre). T. Jefferson teria ainda demonstrado respeito pela doutrina da *supremacia legislativa* (porquanto decorrente de um primeiro controle, aquele exercido mediante eleições), ressaltando desconhecer uma terceira posição (além desta e do controle coordenado) que merecesse respeito. A posição de T. Jefferson era contrária não apenas à supremacia do controle judicial, mas também ao controle judicial federal de decisões de tribunais estaduais: havendo conflito, este deveria, para T. Jefferson, ser resolvido pelo povo da União, “reunido por seus deputados em convenção, convocados pelo Congresso ou por dois terços dos Estados” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 135) (“[...] el pueblo de la Unión, reunido por sus diputados en convención, convocados por el Congreso, o por dos tercios de los Estados.”) (Tradução livre).

608 De acordo com C. Wolfe, J. Madison partilhava da opinião de T. Jefferson acerca da impossibilidade de o controle judicial se estender, com supremacia, sobre os demais Poderes – mas não sobre a impossibilidade de controle judicial federal das decisões dos tribunais estaduais (WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston, USA: Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 96; WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 136).

Para J. Madison, não se poderia extrair da Constituição, abstratamente, a primazia de nenhum Poder sobre outro, inclusive em matéria de interpretação da Constituição e controle da constitucionalidade das leis. Quanto ao controle judicial federal das decisões dos tribunais estaduais, J. Madison considerava que essa era a forma de assegurar “a aplicação uniforme da Constituição por toda a nação, sem o que se produziriam anarquia e divisão”. (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 137) (“[...] asegurar la aplicación uniforme de la Constitución por toda la nación, y sin el cual se producirían la anarquía y la división.”) (Tradução livre). E mais: para J. Madison, colocar o Poder Judiciário como último recurso *dentro* da Constituição para as questões relativas à divisão do poder entre os governos federal e estadual não era incompatível com as resoluções do Estado da Virgínia no sentido de que os Estados constituíam o último recurso *fora* da Constituição.

609 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 141.

do governo ou a um cenário no qual o Executivo teria poderes absolutos)⁶¹⁰; (iii) a Constituição parece contemplar casos em que os membros do governo tem a obrigação de cumprir leis que considerem inconstitucionais (por exemplo, quando o Presidente cumpre lei que haja vetado, mas cujo veto tenha sido derrubado pelo Congresso)⁶¹¹; (iv) essa *coordenação*, que pressupõe uma igualdade entre os três Poderes, acaba por não garantir, na prática, a independência deles: “ao fim e ao cabo, pois, enquanto o controle coordenado obtém sua força mais importante do fundamento da separação dos poderes, não é plenamente de acordo com ele.”⁶¹²

Em seguida, C. Wolfe detalha argumentos em favor do *controle judicial*⁶¹³: (i) tal controle se funda no princípio de um governo limitado, dirigindo-se os limites especialmente ao Poder mais forte: o Legislativo; (ii) conquanto os Poderes Legislativo e Judiciário tenham, ao realizar suas funções, de realizar alguma interpretação incidental, a opinião geral associa a interpretação de maneira particular aos juízes, o que está correto; (iii) a base textual mais sólida para o controle judicial é a cláusula que estende a competência do Poder Judiciário a todos os casos que resultem da Constituição; (iv) a *cláusula da supremacia da Constituição* também é fonte de apoio para o controle judicial, que se destina especialmente aos juízes⁶¹⁴, impondo-lhes uma responsabilidade particular na interpretação das leis e da Constituição.

O controle judicial, baseado nos princípios de governo limitado e de que os juízes têm o direito e a obrigação particular de interpretar a lei, e sustentado por fortes implicações textuais nos artigos 3 e 6 [da Constituição], é finalmente a interpretação mais razoável da Constituição. Porém ele é assim unicamente com a condição de que não conduza a uma supremacia judicial em nosso governo capaz de destruir os princípios republicano e da separação dos Poderes. Significa dizer: o controle judicial é a resolução adequada em um debate sobre

610 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 141-142.

611 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 142.

612 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 143 (“Al fin y al cabo, pues, mientras que el control coordinado obtiene su fuerza más importante del razonamiento de la separación de poderes, no es plenamente consecuente con él.”) (Tradução livre).

613 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 138-139.

614 Estabeleceremos crítica a esse argumento.

quem deve interpretar a Constituição com autoridade, porém essa resolução deve, em certo sentido, ‘reverenciar’ os princípios que subjazem nas posições rivais.⁶¹⁵

De todo modo,

Os defensores do controle judicial não têm porque negar o direito de outros Poderes de considerar questões constitucionais. Não há nada na exposição clássica do controle judicial que exija que o legislador, ao considerar uma lei, ou o presidente, ao considerar um veto, tenham de atuar baseando-se em uma opinião judicial prévia sobre o assunto constitucional em questão. Estão vinculados por uma decisão posterior sobre a constitucionalidade dessa lei, e os juízes podem, inclusive ditar sentenças que se traduzem de fato em ordens aos funcionários legislativos ou executivos. Porém, um único caso judicial de interpretação não vincula necessariamente, por si mesmo, os demais Poderes em sua atuação futura [...].⁶¹⁶

Como se sabe, a *revisão judicial* acabou por se consolidar (não sem detratores, como é de se imaginar) ante o majoritarismo em virtude de sua *moderação* e, especialmente no caso dos Estados Unidos, da *rigidez*⁶¹⁷ de sua Constituição. Estimava-se, com efeito, que o poder

615 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 143-144. (“El control judicial, basado en los principios de gobierno limitado y en el principio de que los jueces tienen el derecho y la obligación particular de interpretar la ley, y sostenido por fuertes implicaciones textuales en los artículos 3 y 6, es finalmente la interpretación más razonable de la Constitución. Pelo ello es así únicamente con la condición de que no conduzca a una supremacía judicial incondicional en nuestro gobierno que podría destruir los principios del republicanismo y de la separación de poderes. Es decir, el control judicial es la resolución adecuada en un debate sobre quién debe interpretar la Constitución con autoridad, pero esa resolución debe en cierto sentido ‘reverenciar’ a los principios que subyacen en las posiciones rivales.”) (Tradução livre).

616 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 137-138. (“Los defensores del control judicial no tienen por qué negar el derecho de otras ramas a considerar cuestiones constitucionales. No hay nada en la exposición clásica del control judicial que exija que un legislador al considerar una ley, o un presidente al considerar un veto, tengan que actuar basándose en una opinión judicial previa sobre el asunto constitucional en cuestión. Están vinculados por una decisión posterior sobre la constitucionalidad de esa ley, y los jueces pueden incluso dictar sentencias que se traduzcan de hecho en ordenes a los funcionarios legislativos o ejecutivos. Pero un único caso judicial de interpretación no vincula necesariamente por sí mismo a las otras ramas en su actuación futura.”) (Tradução livre).

617 Realmente, nos sistemas fundados sob Constituições rígidas os tribunais possuem a atribuição, implícita ou explícita, de fiscalizar a correção das decisões ordinárias da maioria

judicial tenderia voluntariamente a se conter⁶¹⁸ (adotando uma postura *self-restraint*), evitando, assim, imiscuir-se em assuntos dos demais Poderes.

[...] o controle judicial é essencialmente uma questão de interpretação (associada por Hamilton com o julgamento), e não de legislação (associação com a vontade). A tarefa do juiz não é a de determinar o que é melhor para o país ou qual norma particular mais faria avançar o bem-estar da nação e seus cidadãos com relação a um determinado assunto de política. Tampouco sua missão é a de avaliar se uma determinada lei é prudente ou inclusive justa. No exercício do controle judicial, o juiz há de determinar não a sabedoria de uma lei, mas a sua constitucionalidade.⁶¹⁹

O poder judicial estaria também limitado pelo *seu objeto*: a justificação dos direitos de uma das partes num caso individual. Ademais, se restringiria a “casos” e “controvérsias”, não tendo a prerrogativa de fazer investigações de atos legislativos e anular os que fossem inconstitucionais em processos objetivos e abstratos⁶²⁰. A declaração de inconstitucionalidade só deveria atingir textos que claramente desbordassem dos limites constitucionais, em postura de deferência ao Poder Legislativo, a fim evitar a substituição das escolhas do Parlamento pe

(parlamentares ou governamentais) em face do texto constitucional (VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d.).

618 Talvez por se reconhecer (i) distante do povo, (ii) dependente dos demais ramos para sua manutenção financeira e material e, especialmente, (ii) do Executivo para ver cumpridas suas decisões. Nada disso, como se sabe, restringiu o Poder Judiciário.

619 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 144. (“[...] el control judicial es esencialmente una cuestión de interpretación (asociada por Hamilton con el juicio), y no de legislación (asociada con la voluntad). La tarea del juez no es la de determinar qué es lo mejor para el país o qué norma particular sería la que más hiciera avanzar el bienestar de la nación y sus ciudadanos con la relación a un determinado asunto de política. Tampoco su misión es la de evaluar si una determinada ley es prudente o incluso justa. En ejercicio del control judicial el juez ha de determinar no la sabiduría de una ley, sino su constitucionalidad.”) (Tradução livre).

620 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 146. Essa característica explicaria porque a Suprema Corte se recusou a aceitar como parte de sua competência atribuições *não judiciais* típicas, como o exame dos pedidos dos veteranos da Revolução (cuja decisão seria reexaminada pelo Executivo e Congresso), em 1792, e o aconselhamento sobre questões atinentes a tratados, tarefa sugerida pelo governo em 1793 (*Op. cit.*, p. 147).

las dos juízes. Dito de outro modo, o controle judicial não seria exercido “em um caso ‘duvidoso’”⁶²¹.

Questões políticas, compreendidas como aquelas reservadas pela Constituição à livre apreciação dos demais Poderes, deveriam ficar de fora da apreciação judicial:

Pela Constituição dos EUA, o presidente está investido de certos poderes políticos importantes, em cujo exercício há de utilizar sua própria discricionariedade e é responsável somente ante seu país em caráter político, e ante a própria consciência... Os objetos são políticos. Referem à nação, não aos direitos individuais, e como têm sido atribuídos ao executivo, a decisão do executivo é conclusiva... A competência do Tribunal é, unicamente, decidir sobre os direitos dos indivíduos e não investigar a forma em que o executivo, os funcionários do executivo, realizam funções que têm discricionariedade. As questões que por sua natureza são políticas, ou que são submetidas ao executivo pela Constituição e pelas leis, nunca serão tratadas neste Tribunal.⁶²²

621 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 148. É emblemática, nesse sentido, a declaração do juiz Bushord Washington, em *Ogden vs. Saunders*: a inconstitucionalidade da lei há de estar clara “além de qualquer dúvida razoável” (*Op. cit.*, p. 149). A *clareza da inconstitucionalidade* não era, todavia, aferida em face de uma *objetividade*, mas concretamente, após um esforço global para avaliar o sentido e a compatibilidade da lei impugnada com a Constituição. Se o texto constitucional suscitava dúvida quanto à sua abrangência, o juiz deveria desenvolver “considerações mais amplas, como o objeto, o contexto e a intenção” (*Op. cit.*, p. 149-150) (“Normalmente las palabras de la Constitución determinan un caso, pero si hay duda sobre el significado de las palabras, hay que recurrir a consideraciones más amplias, como el objeto, el contexto y la intención.”) (Tradução livre). Havia consciência de que o *princípio da deferência legislativa* não era suficiente para eliminar toda controvérsia oriunda da interpretação de disposições constitucionais; reconhecia-se, porém, que, se houvesse um esforço de boa-fé por parte dos juízes, haveria menor possibilidade de erros (*Op. cit.*, p. 150).

622 Excerto de *Marbury vs. Madison* extraído de WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 150-151. (“Por la Constitución de Estados Unidos, el presidente está investido con ciertos poderes políticos importantes, en cuyo ejercicio ha de utilizar su propia discrecionalidad y es responsable solamente ante su país en su carácter político, y ante la propia consciencia... Los objetos son políticos. Respetan la nación, no los derechos individuales, y como han sido encomendados al ejecutivo, la decisión del ejecutivo es concluyente... La competencia del Tribunal es, únicamente, decidir sobre los derechos de los individuos y no investigar la forma en la que el ejecutivo, o los funcionarios del ejecutivo, realizan funciones en las que tienen discrecionalidad. Las cuestiones que por su naturaleza son políticas, o que son sometidas al ejecutivo por la Constitución y las leyes, nunca serán tratadas en este Tribunal.”) (Tradução livre).

A *moderação* do controle judicial (associado à rigidez constitucional norte-americana) foi condição para a sua aceitação, ainda que lenta e gradual. Como, porém, o *ativismo* resulta de uma *vontade de poder*, a jurisdição constitucional passou a arbitrar temas afetos aos demais ramos do Estado.

3.2 A amplificação das tensões: a decisão sobre *direitos* e a interpretação constitucional (para uma distinção entre *revisão judicial* e *visão judicial*)

O caso, como a ninguém é dado ignorar, é que o alargamento da jurisdição (e da interpretação) constitucional – uma decorrência inarredável dos *novos tempos* Moderno-sociais e constitucionais, do *Estado de direito de direitos* – aumentou a tensão entre o *constitucionalismo* e a *regra da maioria*. Por um lado, a *judicialização*, uma das expressões do poder judicial, derivou do direito a ações normativas relativas a direitos fundamentais cuja concretização era demandada, associado à potestade da pretensão à tutela jurisdicional (expressão subjetiva do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*); por outro, o *ativismo judicial* resultou de uma “participação mais ampla e intensa⁶²³ do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁶²⁴.

Onde encontrar o *ovo da serpente* da *imoderação* judicial? Também nos Estados Unidos, onde primeiro se manifestou o chamado *ultra-controle judicial* proveniente da utilização não apenas das disposições constitucionais, mas também de princípios de direito natural para o exame de atos e leis submetidos a julgamento (ainda que tais princípios não estivessem previstos implícita ou explicitamente na Constituição).

Não se tratava de uma disputa entre juízes que acreditavam no direito natural e aqueles que não acreditavam, porque, nos primórdios da história judicial americana, praticamente todos criam em princípios naturais e consideravam a Constituição uma expressão deles⁶²⁵.

623 E deliberada (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

624 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

625 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 154.

“A questão era se os juízes podiam ou não apelar a esses princípios de justiça natural, *mesmo quando não estivessem inseridos na Constituição*, para declarar um ato inconstitucional”⁶²⁶ (Os destaques pertencem ao original). Acerca desse embate, o caso *Calder vs. Bull* (1798) é emblemático. Nele, o *justice* Samuel Chase sustentou:

Não posso aprovar a onipotência de um legislativo do Estado, ou a ideia de que este é absoluto e sem controle; ainda que sua autoridade não esteja expressamente restringida pela Constituição ou lei fundamental do Estado... Existem certos princípios essenciais em nossos governos republicanos livres que determinarão e anularão um aparente e flagrante abuso de poder legislativo... A bondade, a natureza e o espírito de nossos governos do Estado significam uma proibição de tais atos legislativos, e os princípios gerais do direito e da razão os proíbem.⁶²⁷

Insurgindo-se contra essa opinião, respondeu o juiz James Iredell:

Se... O legislativo da União, o legislativo de qualquer membro da União, aprova uma lei, dentro do âmbito geral de seu poder constitucional, o Tribunal não pode declarar que seja nula simplesmente porque, em sua opinião, é contrária aos princípios de justiça natural. As ideias de justiça natural não se regulam por nenhuma norma fixa; os homens mais capacitados e mais puros têm discrepado sobre este tema.⁶²⁸

626 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 154. (“La cuestión era si lo jueces podían o no apelar a estos principios de justicia natural *aun cuando no estuvieran encarnados en la Constitución* para declarar un acto anticonstitucional.”) (Os destaques pertencem ao original) (Tradução livre).

627 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 154. (“No puedo aprobar la omnipotencia de un legislativo del Estado, o la idea de que éste es absoluto y sin control; aunque su autoridad no esté expresamente restringida por la Constitución, o ley fundamental del Estado... Existen ciertos principios esenciales en nuestros gobiernos republicanos libres que determinarán y anularán un aparente y flagrante abuso de poder legislativo... La bondad, la naturaleza y el espíritu de nuestros gobiernos del Estado significan una prohibición de tales actos de legislación, y los principios generales del derecho y de la razón los prohíben.”) (Tradução livre).

628 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 155. (“Si... el legislativo de la Unión, o el legislativo de cualquier miembro de la Unión aprueba una ley, dentro del ámbito general de su poder constitucional, el Tribunal no puede declarar que sea nula simplemente porque, en su opinión, sea contraria a los principios de justicia natural. Las ideas de justicia natural no se regulan por ninguna norma fija; los hombres más capacitados y más puros han discrepado sobre este tema.”) (Tradução livre).

Conquanto esse controle de constitucionalidade fundado em princípios do direito natural não tenha prosperado, atribuímos a ele a responsabilidade pela semente que permitiria ao juiz sindicalizar leis e atos normativos a partir de elementos *externos* (e nem sempre confessos) à Constituição. Foi, com efeito, a opinião de Samuel Chase (de averiguação de constitucionalidade baseada em princípios) que, afinal, prevaleceu⁶²⁹.

O precedente (*imoderado*) que efetivamente acendeu o debate em torno das atribuições da jurisdição foi, **no entanto**, o reacionário julgamento de *Dred Scott vs. Sanford* (1857)⁶³⁰, no qual a Suprema Corte, acendendo o estopim da *Guerra Civil*, declarou a inconstitucionalidade da lei que extinguiu a escravidão em territórios federais – decisão que acirrou a questão escravagista e reabriu o debate acerca dos limites do poder de controle judicial⁶³¹. No ano da decisão, Abraham Lin-

629 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 161.

630 Antes, porém, a Suprema Corte, em breve manifestação proferida em *Bank of Columbia vs. Okely* (1819), já se inclinara por uma interpretação de que a cláusula do devido processo fora elaborada para proteger os indivíduos contra o exercício arbitrário dos poderes governamentais.

631 Essa discussão encontrará culminância com a consolidação e o desenvolvimento, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, da doutrina do *devido processo legal substantivo*. Segundo C. Wolfe (WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston, USA: Rowman & Little Publishers, Inc., 1994, p. 144 e ss.), em 1873, nos Casos dos Matadouros, o Tribunal interpretou que tal cláusula se limitava a assuntos processuais. Todavia, essa opinião encontrou forte resistência nos votos dissidentes dos *Justices* Field e Bradley, que compreenderam o devido processo como ampla proteção aos direitos fundamentais. Em *Munn vs. Illinois* (1877), a Corte faria a observação de que contratos meramente particulares e sem interesse público poderiam ser protegidos pela via judicial por meio da cláusula do devido processo. Em 1887, em *Mugler vs. Kansas*, novamente a Suprema Corte resistiria ao uso do devido processo substantivo, ao sustentar que os Estados poderiam promulgar leis proibitivas de direito no exercício do poder de polícia, assinalando, contudo, que os tribunais “estão autorizados – em verdade, segundo um dever solene – a examinar a substância das coisas, cada vez que investigam se a legislatura transcendeu os limites da sua autoridade”. O primeiro triunfo do devido processo substantivo viria, segundo C. Wolfe, disfarçado de *devido processo formal*, no caso *Chicago Milwaukee and St. Paul Railroad vs. Minnesota* (1890), quando se analisou a constitucionalidade de uma lei do Estado de Minnesota que regulava as tarifas ferroviárias. Embora o Tribunal tenha sugerido que a questão discutida era essencialmente processual, a essência da discussão, em verdade, recaiu sobre a substância da referida lei, pois os ferroviários pleiteavam uma participação no processo de ajuste das tarifas, o qual deveria estar submetido às limitações do devido processo. O desenvolvimento da doutrina do devido processo substantivo se completou no julgamento de *Allgeyer vs. Louisiana* (1897), em que se discutiram as restrições que o Estado da Louisiana impunha aos contratos de seguros celebrados em outros Estados, ocasião em que o Tribunal assentou que a liberdade mencionada na Décima Quarta Emenda não significava apenas o direito de o cidadão estar livre de qualquer coação física, mas que abarcava também o direito de celebrar todos os contratos que entendesse adequados e necessários.

coln se pronunciou no sentido de sua aceitação pelo povo norte-americano. Posteriormente, já presidente, expressou-se da seguinte maneira em seu primeiro discurso:

Eu considero a posição assumida por alguns, de que as questões constitucionais devem ser decididas pela Suprema Corte; não posso negar que tais decisões devem ser obrigatórias em qualquer caso em que as partes de um processo, assim como o objeto dessa ação, tenham direito a muito respeito e consideração, em todos os casos paralelos, por todos os outros departamentos do governo. E, embora seja obviamente possível que tal decisão possa ser equivocada, em qualquer caso, apesar do mal que se lhe segue, limitando-se a esse caso particular, sem nunca se tornar um precedente para outros casos, pode ser melhor do que poderia ser com os males de uma prática diferente. **O cidadão sincero deve confessar que se a política do governo sobre as questões essenciais que afetam todo o povo há de ser irrevogavelmente fixada pelas decisões da Suprema Corte, no momento em que são tomadas, em litígio ordinário entre partes, em ações pessoais, o povo há deixado de ser seu próprio soberano, tendo, nessa medida, entregue praticamente seu governo às mãos desse eminente Tribunal.** Também não há, neste ponto de vista, ataque algum ao tribunal ou aos juízes. É um dever, do qual não se pode fugir, para decidir casos devidamente levados diante deles; e não é sua culpa se alguns procuram tomar as suas decisões para fins políticos⁶³²⁻⁶³³ (Os destaques não pertencem ao original).

632 “I do not forget the position assumed by some, that constitutional questions are to be decided by the Supreme Court; nor do I deny that such decisions must be binding in any case upon the parties to a suit, as to the object of that suit, while they are also entitled to very high respect and consideration, in all parallel cases, by all other departments of the government. And while it is obviously possible that such decision may be erroneous in any given case, still the evil effect following it, being limited to that particular case, with the chance that it may be over-ruled, and never become a precedent for other cases, can better be borne than could the evils of a different practice. At the same time the candid citizen must confess that if the policy of the government, upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties, in personal actions, the people will have ceased, to be their own rulers, having, to that extent, practically resigned their government, into the hands of that eminent tribunal. Nor is there, in this view, any assault upon the court, or the judges. It is a duty, from which they may not shrink, to decide cases properly brought before them; and it is no fault of theirs, if others seek to turn their decisions to political purposes.” (LINCOLN, Abraham. First inaugural adress. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/documents/lincoln1.htm>>. Acesso em: 14 de julho de 2013) (Tradução livre).

633 C. Wolfe compartilha a opinião de A. Lincoln no sentido de que as “as decisões judiciais têm maior ou menor autoridade como precedente segundo as circunstâncias”. Nesse entendimento,

O ponto de relevo para o desate da efetiva fricção entre majoritarismo e jurisdição constitucional pode ser encontrado nesse emblemático caso e traduzido na forma das seguintes perguntas: como teria reagido o presidente Abraham Lincoln se, numa realidade alternativa, a lei permitisse a continuidade do escravagismo (num dado Estado, por exemplo) e o Judiciário a mantivesse por considerar que decisões genéricas, abstratas e *erga omnes* sobre *políticas* e *direitos* competem ao Parlamento em razão da regra da maioria (cumprindo-lhe apenas a função de fiscalizar o procedimento)? Esse imaginário tribunal *não ativista* teria sido criticado? Por outros termos: o quanto importam o direito a ser reconhecido (ainda que não esteja legislativamente previsto) e o procedimento a ser cumprido? Ou a questão não tem senão um cerne egoísta (“pode a decisão não ter sido *democrática*, mas pelo menos me foi favorável.”)?⁶³⁴

Essas questões podem ser colocadas de outras formas, mais abstratas: *pode* o Judiciário censurar a escolhas de *direito* feitas pelo legislador? Se *pode*, *quando* e *como* *pode*? Quais os limites à representação no (e do) Parlamento? Eis o conflito entre *majoritarismo* e *constitucionalismo*: “A democracia aparece como autogoverno do povo – as pessoas de um país decidindo por si os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a comunidade política. O constitucionalismo surge como a contenção da tomada de decisão popular por meio de uma norma fundamental, a Constituição – *law of lawmaking*, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e por quais procedimentos. É parte essencial da noção

essas decisões gozarão de máxima autoridade se forem “unânime[s] e sem aparentes influências partidárias; [estiverem] de acordo com ‘as expectativas legais públicas’ e com a prática estável dos distintos ramos do governo ao longo de nossa história, e não baseada[s] em opiniões históricas falsas, ou se [tiverem] sido afirmada[s] e reafirmada[s] durante um período de tempo. Na medida em que estas condições não se cumpram, as decisões do Tribunal terão menos peso como precedentes e haverá menos motivos para considerar o assunto resolvido”. (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 163) (“las decisiones tienen mayor o menor autoridad como precedentes según las circunstancias’ [...]. [si fueren] unánime[s] y sin aparentes influencias partidistas; [estuvieren] de acuerdo con ‘las expectativas legales públicas’ y de acuerdo con la práctica estable de las distintas ramas del gobierno a lo largo de nuestra historia, y no basada[s] en opiniones históricas falsas, o si hubiera[m] sido afirmada[s] y reafirmada[s] durante un período de tiempo.”) (Tradução livre).

634 *Dred Scott vs. Sanford* é, paradoxalmente, um bom caso para responder a essas questões, precisamente porque envolvia direito fundamental de uma minoria massacrada pela maioria de forma institucional.

de constitucionalismo que a norma fundamental seja intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).⁶³⁵

3.2.1 *O embate pelas decisões sobre direitos: contra as Cortes*

Há um consenso mal criticado de que ao Judiciário incumbe, em razão da supremacia da Constituição, o dever de *guardá-la*, do que decorreria “logicamente” sua autoridade⁶³⁶, como agente externo, para dizer o que é constitucional e o que não é (uma tarefa nitidamente messiânica fundada numa crença igualmente messiânica, porquanto, numa sociedade complexa e plural, acordos sobre *conteúdos* não são possíveis ou, no mínimo, são muito difíceis de ser obtidos⁶³⁷, devendo a decisão, para que os problemas sejam solvidos, resultar do procedimento político). Assim, tratar a questão sob a perspectiva de uma legitimidade de defender a Constituição estabelecida *ex ante*⁶³⁸ é reduzi-la ao tema da *última resposta* (de quem a detém). A situação se agrava, em termos, novamente, de balanço de poderes, quando passamos a conviver com decisões que (com alta carga volitivo-intencional)

635 MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 1 (Tradução livre).

636 “Os direitos políticos básicos, que configuram as exigências mínimas a serem satisfeitas por uma Constituição legítima, autorizam a institucionalização de diferentes vias para seu respeito e segurança. Essas vias, de forma alguma, passam, necessariamente, muito menos exclusivamente, pelo controle judicial de constitucionalidade.” (SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, tese de doutorado, 2006, p. 358).

637 Além do que as instituições são sabidamente falíveis, razão de ser de todo o sistema recursal.

638 Reconhecemos que esse problema é próprio mais dos Estados Unidos do que nosso, porquanto a Constituição Federal de 1988 alocou comodamente essa tarefa entre as atribuições do Supremo Tribunal Federal: “**art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]” De todo modo, essa solução institucional não resolve todos os atritos entre majoritarismo e constitucionalismo, sobretudo em face do alargamento da interpretação constitucional e da criação de novas técnicas de declaração de constitucionalidade (interpretações conformadoras, *com* e *sem* redução de texto). “Engenhoso ou não, o exercício desse poder [de controle de constitucionalidade] necessita ser justificado. Uma primeira fórmula de justificação é remeter à própria Constituição a legitimação do poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal. O argumento de que é legítimo porque está na Constituição não parece, porém, suficiente, seja de uma perspectiva democrática, seja a partir de uma ótica de direitos.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da lei ou da corte?* In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d).

declaram a inconstitucionalidade de atos normativos formais (legislativos ou executivos) com esteio em “critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”⁶³⁹; que impõem condutas ou abstenções “ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”⁶⁴⁰; que aplicam diretamente a Constituição “a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”⁶⁴¹, especialmente criando direito originário, geral e abstrato.

Fundamentalmente, é preciso desde logo declinar que o *sujeito jurídico* (o tribunal formalmente encarregado de proteger a Constituição) não pode, seja sob uma Constituição flexível⁶⁴², seja sob uma Constituição rígida⁶⁴³, substituir a valoração feita pelo Parlamento na adoção de *decisões ordinárias* (leis formais) ou *reformadoras* (emendas constitucionais) pela sua própria, se as duas opções forem legítimas^{644, 645}. O que lhe cumpre é, segundo o grau de rigidez da Constituição, velar pela observância de valores fixados em *momentos constitucionais*⁶⁴⁶, o que, ainda assim, amplifica a amperagem da *tensão* com uma variante complicadora: a *fixação do sentido*⁶⁴⁷ constitucional⁶⁴⁸.

639 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

640 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

641 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

642 Nas Constituições dessa classe, o majoritarismo é indiscutivelmente mais forte.

643 Sob uma Constituição rígida, o majoritarismo sofre mais controle normativo (baseado no conteúdo das cláusulas imodificáveis) por parte do Judiciário.

644 Sob o aspecto da constitucionalidade e, mais relevante (atendida aquela exigência), da *conveniência e oportunidade*. Mesmo aqui já há uma dificuldade, pois a constitucionalidade pode resultar de uma questão de interpretação, isto é, de *sentido* do conteúdo da norma constitucional em face da qual a norma legal é confrontada.

645 Conferir, nesse sentido, ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. In.: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002. Se a aplicação da fórmula do peso resultar em *empate*, abre-se uma *margem estrutural* em favor do legislador, não do Judiciário.

646 Razão de ser do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido, VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d.

647 Tornaremos a esse ponto.

648 No caso brasileiro, vale conferir o conteúdo da Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não au-

Cabe perguntar, então, se essa imersão axiológica do Judiciário é possível (e legítima) no controle de constitucionalidade envolvendo *normas legais e normas constitucionais plurissignificativas*. Nesses casos, tem espaço de labor o Poder Judiciário, pois quem o autoriza é o próprio texto ou programa da norma (Fr. Müller). Cumpre ressaltar, no entanto, que o âmbito *é do legislador* (que deve utilizá-lo sem violação do texto constitucional). Isso significa dizer que o juiz não pode censurar a escolha *legal* feita pelo Parlamento, negando-a (por meio do afastamento da lei) para impor a sua própria. Dito de outro modo, se houver espaço de ponderação e o legislador for o titular, é dele a prerrogativa, e não do Judiciário⁶⁴⁹ (no entanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem, inclusive, aplicado o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – pensado para “assegurar um correto balanceamento entre bens constitucionais igualmente protegidos”⁶⁵⁰ – como sucedâneo de *exame de razoabilidade* para avaliar a *justiça intrínseca* da lei, substituindo a vontade do legislador pela sua própria, o que significa uma

toriza recurso extraordinário pela letra “a” do Art. 101, III, da Constituição Federal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 400. Tribunal Pleno. Aprovada em 3 de abril de 1964. Publicada no DJ de 8 de maio de 1964, p. 1239, no DJ de 11 de maio de 1964, p. 1255, e no DJ de 12 de maio de 1964, p. 1.279).

649 O argumento em defesa da legitimidade da jurisdição constitucional, por outro lado, decorre da suposição de que o controle de constitucionalidade “está a serviço de uma instância superior e autêntica de expressão da soberania popular. [...] o juiz constitucional, quando decide invalidar uma lei inconstitucional, não faz mais do que indicar ao parlamento a forma correta (constitucional, e não legislativa) na qual as prescrições censuradas podem ser adotadas: o tribunal exerce assim apenas uma ‘função de sinalizador’ (*rôle d’aiguilleur*), segundo metáfora utilizada pelos juristas franceses. Logo, basta que sigam [os legisladores] a via desse modo indicada, isto é, adotando uma emenda à constituição aprovada por uma maioria qualificada ou observando os ritos especiais eventualmente exigidos, para que os representantes eleitos possam sempre impor, em última instância, a vontade do povo.” (JUST, Gustavo. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 42, nº 165, jan.-mar. de 2005, p. 25-32).

650 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.

invasão do “espaço político destinado aos ramos eleitos do governo”⁶⁵¹ e um evidente prejuízo para “um modelo democrático de jurisdição”⁶⁵²).

Em matéria de decisão sobre *direitos*, no entanto, não é esse o entendimento de R. Dworkin, para quem a observância da *regra da maioria*, por si, não cumpre os requisitos morais substantivos exigidos pelo regime democrático constitucional, que reivindica mais do que a mera correção do procedimento legislativo ou a satisfação de bem-es

651 Cf., a propósito, APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 181 e 182. Há, primeiro, um equívoco técnico nessa *doutrina brasileira do princípio da proporcionalidade*: esse critério argumentativo opera no plano do balanceamento entre dois valores constitucionais, ao passo que “a razoabilidade é aplicada na proteção de um único e concreto valor”, que “não é uma simples questão de fato, mas antes uma complexa questão de direito que parte da diferença entre verificar a (in)existência de determinados fatos e, posteriormente, passar a sua efetiva valoração”. (APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182). Mas não é só (nem o mais relevante): ao lançar mão da *razoabilidade* para avaliar a justeza da norma formal, o Supremo Tribunal Federal “nega igual tratamento a todos os cidadãos, já que permite que uma minoria que consiga mobilizar forças chegue até [a Corte] e altere a vontade de um grupo mais amplo de cidadãos, sem que para isso tenha de apontar, de modo concreto, de que maneira a igualdade foi violada”. (APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182-183). “A questão [...] acaba se convertendo em outra [...] bem mais ampla, atrelada à teoria política e à concepção de democracia que a Corte defende.” Realmente, “a demonstração de que um determinado valor deve ser sobrepor à atividade regulatória esconde um poderoso arsenal ideológico que muitas vezes não está explicitado na decisão judicial. A título de proteger o interesse público ou o bem coletivo, suprimem-se direitos individuais, e a liberdade de opção do juiz não difere daquela outorgada pelas urnas ao Legislativo. Como, então, não debater previamente a legitimidade da intervenção judicial nesses casos? [...] A função original do princípio da proporcionalidade, que seria a de resolver, no plano da interpretação das leis, o conflito entre princípios constitucionais de igual hierarquia, acabou se convertendo em fonte indesculpável de discricionariedade judicial. Por meio de sua aplicação em processos concretos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, tem invalidado leis e atos administrativos sem a correspondente fundamentação, geralmente sob o argumento de que ‘não se observou a proporcionalidade’”. (APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 183 e 186). Tema ainda mais sensível consiste na chamada “revisão de fatos e prognoses legislativos” perante os tribunais constitucionais, em que se dá efetiva imissão judicial no trabalho parlamentar (para uma descrição e justificação teórica desse expediente, imprescindível a leitura de MENDES, Gilmar Ferreira. anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia & AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.) *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: LexMagister, 2012, p. 185-219.

652 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 178.

tar geral: requer uma *resposta certa*⁶⁵³ em matéria de direitos (fundamentais), inspirada no ideal de “igual consideração e respeito”⁶⁵⁴, isto é, capaz de proporcionar a cada indivíduo a sensação de ser parte efetiva – no sentido de uma *adesão moral* – da comunidade política e do diálogo. Sem essa *adesão* (não ao procedimento, mas à moralidade), o procedimento majoritário não tem valor.

Vê-se, pois, que, para R. Dworkin, em matéria de construção de direitos fundamentais, *democracia* e *majoritarismo* não se confundem, no máximo se sobrepõem (democracia seria *majoritarismo* mais *adesão moral*). E, nessa sobreposição, caberia às Cortes Constitucionais o papel de proteger a comunidade civil contra as más escolhas do legislador (ainda que legítimas do ponto de vista representativo) causadas pelas circunstâncias, por acordos, conchavos, casuísmos e demais desvios da atividade político-partidária. Por outras palavras: cumpriria a esses tribunais, dotados de maior preparo⁶⁵⁵ e com menos *compromissos* político-ideológicos, realizar a missão para a qual os Parlamentos têm falhado (mesmo com o recurso a fóruns e expedientes apropriados), a saber, garantir o respeito aos direitos individuais (talvez aqui se pudesse incluir a inclinação das Cortes por minorias, garantindo-lhes o respeito aos seus direitos, ao passo que os Parlamentos se ocupariam da expressão da vontade da maioria⁶⁵⁶), essencialmente *direitos morais*.

653 *A resposta certa*, auferível por meio da manutenção da integridade (um processo de coerência com o precedente), é a maneira, na teoria de R. Dworkin, de se restringir a discricionariedade judicial (o que pressupõe a existência de uma moral objetiva como fonte de determinação do conteúdo dos princípios jurídicos (MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da Constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In.: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341-362).

654 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 124.

655 Essa concepção do direito se funda numa teoria ética da Constituição, segundo a qual os juízes têm habilidade para “decidir quais são os direito constitucionais tidos como fundamentais na Constituição [...] e (ii) que, tendo definido quais são estes direitos, decidam de que forma a moralidade pública condiciona a extensão de seu exercício”. (APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 95).

656 Mas essa seria uma falsa oposição, pelo menos em senso estrito, porquanto o Parlamento deve, para legitimar-se social e juridicamente, promover a defesa das minorias e seus direitos. O Parlamento brasileiro, a propósito, tem dado mostras de interessar-se por essa pauta. Da década de 1990 para cá, editou os Estatutos da *Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), dos *Refugiados* (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997), do *Idoso* (Lei nº 10.741, de 1º outubro de 2003), da *Igualdade Racial* (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) e da *Juventude* (Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013), além de leis como a *Maria da Penha* (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006).

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Essa legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais, isso porque a Constituição, no Estado Democrático de Direito, possui não só forma, mas conteúdo. Não é processo sem produto, não é atividade sem forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida [...]. Como os direitos fundamentais representam a vida do indivíduo na Constituição, os poderes políticos não podem deles dispor a seu bel prazer, por conveniência política ou como mercadoria nas prateleiras de um supermercado.⁶⁵⁷

Obviamente, há problemas nessa concepção de *realização democrático-judicial-substantiva do direito*. Talvez o principal seja algo evidente: (i) o Judiciário não pode ser tomado como representação da maioria, sendo, muito mais, instrumento de proteção (conservador, pois) de escolhas constitucionais e defesa da minoria (portanto, um fórum contramajoritário).

Outro óbice concerne, por paradoxal que pareça a um primeiro golpe de vista, (ii) ao caráter aberto e principiológico das normas constitucionais, fato que, se confere ao intérprete amplo espectro criativo, exige que sua legitimação se dê **discursivamente** (já que sua autoridade não decorre *das urnas*), por meio do *convencimento* (construindo argumentos lógicos e constitucionalmente sustentáveis), de modo a tornar a decisão *aceitável*.

Com efeito, a argumentação, em face do caráter retórico e não ontológico do direito, é *persuasiva*, e não reveladora-demonstrativa. Dito de outro modo, “a eficácia e a legitimidade do direito, que nos séculos XVIII e XIX, eram consectários lógicos do processo democrático-legislativo, passaram, na pós-modernidade, a depender essencialmente da habilidade que o magistrado dispunha no uso da argumentação e da retórica”⁶⁵⁸.

A eficácia desse discurso tem fundamento na técnica que permite criar uma ilusão de certeza em uma esfera de incertezas, pelo uso de premissas ocultas que se movimentam na esfera

657 PELICIOLO, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr.-jun. de 2007, Ano 44, nº 174, p. 35-47.

658 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62.

da implicação. Formaliza-se o silogismo retórico, que parte dos seguintes pressupostos céticos: a) as leis são obscuras ou não são suficientemente claras para uma interpretação unívoca; b) os fatos nem sempre são como descritos; c) elementos estranhos, não necessariamente jurídicos, interferem na formação da opinião do magistrado; e d) o direito pode dar soluções distintas, mas igualmente válidas, aos problemas que enfrenta.

O silogismo retórico, portanto, não se situa no campo da lógica formal. Representa a guinada axiológica da modernidade, com sua pretensão cientificista, para a pós-modernidade. Ao lado da tópica, passa a ser a base da teoria da argumentação moderna. Consubstancia o argumento de que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas a que, mesmo assim, a maioria empresta adesão, ao tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem.

Nessa espécie de construção mental, o raciocínio leva a uma conclusão que tem como premissa uma opinião acreditável. Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade da afirmação, **mas se cria um efeito de algo que pode ser aceito como verdadeiro.**⁶⁵⁹ (Os destaques não pertencem ao original).

Os juízes, ademais, valem-se também de um elemento processual-cenográfico: seu pretense isolamento das partes, dos advogados e representantes do Ministério Público. O magistrado, num primeiro momento, teria acesso, pessoalmente ou por escrito, aos argumentos deduzidos por autor, réu e à manifestação ministerial; depois, se retiraria para um momento de reflexão; por fim, percebendo-se como “alguém que ocupa um posto de observação afastado, de onde tudo pode ser visto com segurança, erguendo-se acima das perspectivas dos destinatários

659 BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62. O Autor ainda afirma, com o que estamos de acordo: “Assim, o silogismo retórico não é demonstrativo, mas persuasivo. Se não resolve todos os problemas, fornece recursos e argumentos para encerrar a maior parte deles. Se não assegura soluções certas e incontrovertidas, dá soluções aceitáveis. Na sua base, o raciocínio passa a ser aceito por produzir um efeito de adequação entre a conclusão e as premissas, que proporciona persuasão do receptor sem se preocupar em demonstrar uma conclusão incontestável. A verossimilhança é predicada como de enunciados cuja verdade se desconhece ou não se obteve legitimamente, mas que, de qualquer modo, se aceita em função de certas crenças generalizadas no nível popular.” (*Op. cit.*, p. 63).

de suas decisões, [regressaria] com um veredito que almeja representar uma resposta imparcial aos conselhos concorrentes que [...] recebeu”⁶⁶⁰.

Se é assim que o direito se constrói, retoricamente, como entendê-lo *moralmente*?

Essa *realização democrático-judicial-substantiva do direito* ainda enfrenta obstáculos relativos (iii) ao suposto (para sustento do esquema) de que a comunidade pensante e racional aceitará a decisão *precisamente* por ser ela *racional* (veja-se que algo que se deveria considerar requisito mínimo, isto é, racionalidade da justificação, já que o direito em si mesmo não o é, é alçada à condição de *plus*); (iv) à presunção de que os tribunais não são arbitrários⁶⁶¹⁻⁶⁶², erram menos (e praticam me-

660 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, p. 358.

661 “Para Tushnet, não passa de ilusão dos operadores jurídicos acreditar que os juízes baseiam suas decisões em razões diferentes daquelas em que se apóiam quaisquer outros atores políticos. Tendo em conta a experiência constitucional norte-americana, ele sustenta que as decisões da Suprema Corte não passam de decisões arbitrárias em que os juízes impõem suas próprias preferências políticas subjetivas. Nessa perspectiva, seria recomendável, em seu entender, que os juízes abandonassem os parâmetros habitualmente utilizados para decidir casos constitucionais e buscassem abertamente implantar suas opções políticas (TUSHNET, 1981, p. 416, 424).” (SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, tese de doutorado, 2006, p. 358).

Noutro canto, Guilherme Soares (*Op. cit.*), ainda com apoio em Mark Tushnet, aponta: “Se os juízes também forem [v.g.] indivíduos liberais, eles vão interpretar a Constituição da mesma forma com que estabelecem seus ideais de vida, isto é, como ilhas isoladas de individualidade que buscam seus próprios interesses e que, à medida que querem realizar esses ideais independentemente de qualquer outro tipo de considerações, dão à Constituição o sentido mais apto à satisfação de suas preferências pessoais. Diante das premissas do liberalismo, os juízes, não menos do que os legisladores, são atores políticos primariamente motivados por seus próprios interesses e valores (TUSHNET, 1983, p. 784). [...] Parece que a raiz da crítica de Tushnet (1983, p. 827) está na assertiva de que o problema identificado pelo pensamento liberal desaparece numa sociedade em que tal “entendimento compartilhado” existe e que, de outra parte, numa sociedade liberal não há espaço para o indispensável “entendimento compartilhado”. O único óbice é que esta é uma assertiva absolutamente questionável. Não é preciso tratar os membros de uma sociedade como puros egoístas para aceitar que eles podem discordar sobre aquilo que dá sentido à vida, sobre suas concepções éticas, filosóficas e religiosas. Em verdade, nem sequer seria possível uma sociedade política sem que um grau mínimo de entendimento compartilhado estivesse presente. Se as pessoas divergem sobre seus ideais de bem, sobre suas concepções religiosas e filosóficas, isso não quer dizer que elas discordem sobre tudo mais. Nem, tampouco, que qualquer grau de consenso esteja descartado. Por outro lado, o fato de haver algum nível de consenso não torna impossível a divergência em outros níveis. É muito mais plausível que pessoas que concordam a respeito dos padrões mais gerais que regulam sua convivência política discordem sobre as exigências específicas que aqueles padrões impõem em situações determinadas.”

662 “Ficamos tentados a supor que não haverá nenhuma distorção sistemática na interpretação judicial do ‘raciocínio moral correto’, senão a que deriva naturalmente dos axiomas filosóficos

nos *dolo*) que os Parlamentos e são mais habilitados que o *povo* para a tarefa de interpretar a Constituição⁶⁶³; e (v) à menor responsabilidade⁶⁶⁴ que tem uma instituição não representativa na tomada de decisão (algo que Montesquieu já notara ao *amordaçar* a classe da magistratura).

Ademais, ela parece ignorar *propositalmente* que (vi) as Cortes, jurídicas ou constitucionais, em face de desacordo, decidem, mesmo em matéria de *direitos*, segundo a regra da maioria (adotando expedientes *institucionais*⁶⁶⁵ do majoritarismo – como o Supremo Tribunal Federal, que tem recorrido a mecanismos deliberativos tipicamente congressuais em busca de legitimidade não mais meramente argumentativa, mas também procedimental para as suas decisões, cada vez mais normativas-gerais-abstratas).

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperanças para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após

a partir dos quais os juízes raciocinam. (Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós ganhamos por 6 a 3. Anule-se a lei!). Isso por si só já seria ruim, mas a situação real tende a ser bem pior. A experiência nos diz que, na verdade, haverá sim uma distorção sistemática na escolha de valores fundamentais pelos juízes, uma distorção que privilegia (o que, aliás, não surpreende) os valores dos profissionais liberais da alta classe média, da qual provém a maioria dos juristas, dos juízes e também dos filósofos". (ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78).

663 Suposição que, além de não se conformar com a premissa de que, sob uma Constituição escrita, com mais razão se habilitam os cidadãos a interpretá-la, pouco contribui para o amadurecimento da participação hermenêutica do povo (Conferir, a esse respeito, TRIBE, Laurence & DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 140; LEVINSON, Sanford. *Constitutional faith*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 50).

664 I. M. Coelho pensa diversamente, ao afirmar, como já mencionamos (na *Introdução* e no Capítulo I, item 2 "Da hermenêutica filosófica – especialmente ontológica – à hermenêutica jurídica: um breve panorama", deste texto) que, "enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de *origem*, os juízes possuem uma legitimidade *adquirida* pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes pelo controle do seu comportamento". (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 72). Contra essa posição, conferir a obra de ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

665 Sem conseguir fugir, contudo, de critérios *não-institucionais*, como a barganha.

deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário.⁶⁶⁶

3.2.2 *O embate pelas decisões sobre direitos: a favor da preponderância do procedimento democrático-deliberativo*

Quem deve fazer escolhas sobre *direitos*, portanto? O *povo* ou a *Corte*? Segundo Conrado Hübner Mendes, a resposta, que não pode ser monolítica, dependerá “do tipo, procedimento, tempo e justificação da decisão”⁶⁶⁷, devendo-se privilegiar, em todo caso, o “diálogo interinstitucional”⁶⁶⁸. A nosso juízo, que caminha *mais ou menos* nessa direção, devem decidir sobre direitos o *povo* (em torno do qual se organiza a política, se funda a democracia – que lhe assegura autonomia pública – e se consagram os direitos fundamentais – que lhe garantem autonomia privada), **em matéria de estabelecimento de direito geral e abstrato**, e a *Corte*, mas apenas, *como regra*, materializando as promessas constitucionais, densificando princípios e concretizando direitos intersubjetivamente.

Por isso, preferimos a companhia de Jeremy Waldron⁶⁶⁹, que, mais cético quanto à possibilidade de acordos substantivos numa sociedade plural (que tem na divergência um potencial criativo, segundo

666 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 156.

667 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, tese de doutorado, p. 267

668 “Não há última palavra em sede de interpretação constitucional. O que deve haver é um diálogo incessante por meio do qual todos os entendimentos e as compreensões possam ser submetidos à crítica e à revisão.” SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, p. 358

669 Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999; WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Cass Sunstein⁶⁷⁰), entende ser preciso respeitar o que a democracia tem de melhor: a ausência de hierarquia entre os cidadãos (entre os quais se encontram os juízes), que decidem em igualdade de condições os problemas que enfrentam, e aos quais se deve garantir a máxima participação. O acordo desejável seria não sobre *conteúdo*, mas sobre *forma*: penhorar a cada indivíduo o mesmo valor na formação da vontade deliberacionista (respeitado o direito ao erro – desde que seja mesmo *erro*, e não *dolo político*) num procedimento justo, que não exclua a avaliação substantiva, mas, por sua correção, angarie adesão e respeito mesmo em relação aos resultados ordinários, isto é, não consensuais. Esse o fundamento de autoridade e respeitabilidade da decisão (sem desprezo pelo conteúdo, claro) – e não uma suposta neutralidade judicial asséptica e arquimediana.

Nesse sentido, a incorporação da divergência, em lugar do mítico *achamento* da resposta única e irresistível, torna o Parlamento o lugar preferível para a formulação de regras de todos vinculantes:

[...] uma comissão do legislativo não procura dissimular o fato de que seus membros são tão partidários quanto os indivíduos que vêm perante eles (frequentemente muito mais). Ao passo que as partes num processo judicial têm o direito de esperar que os juízes sejam imparciais, as partes que vêm a uma comissão legislativa não se submetem a nenhum mal-entendido [...] sobre as visões partidárias e os compromissos dos membros da comissão. E quando tanto a comissão quanto a assembleia legislativa inteira tomam as suas decisões, eles o fazem em termos explicitamente partidários – isto é, com base nas explícitas e anunciadas visões opostas e divergentes dos seus membros acerca das questões sob consideração.⁶⁷¹

670 SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 135.

671 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999, p. 24. “[...] a legislative committee never tries to conceal the fact that its members are as partisan as the individuals who come before them (often more so). Whereas the parties to a lawsuit are entitled to expect the judge to be impartial, the parties who come before a legislative committee are under no misapprehension [...] about the partisan views and commitments of the committee members. And when either the committee or the whole legislative assembly makes its decisions, it will make them on an explicitly partisan basis – that is, explicitly on the basis of the members well-advertised opposed and divisive views about the issues under consideration.” (Tradução livre).

Por essa *honestidade de modo de proceder*, forçoso concluir, com Guilherme Soares (apoiado em autores como Laurence Tribe e Martha Minow), “que o Legislativo, instância em que as mais sérias e substanciais discordâncias que existem na sociedade estão representadas, e onde as decisões são tomadas no calor da divergência – não por meio da definição de algo que parece ser uma conclusão final sobre qual das posições rivais é correta, mas pela determinação da posição que tem, no momento, maior suporte entre seus membros – é muito melhor equipado que o Judiciário para tomar decisões justificadas”⁶⁷².

A posição legítima a ser buscada por um intérprete constitucional é a de alguém que enxerga as perspectivas daqueles que são afetados pelas suas decisões como não menos legítimas que as suas próprias (TRIBE, 1989, p. 13), porque quem trata a sua própria perspectiva como não problemática torna outras perspectivas invisíveis e coloca-as além da discussão (MINOW, 1987, p. 53). O Legislativo trabalha internalizando as divergências e ecoando-as na sua própria estrutura institucional, composta de assembleias numerosas e divisões partidárias. A legislatura moderna é uma assembleia de representantes das principais visões concorrentes na sociedade. Ela conduz suas deliberações e toma as suas decisões em meio à competição e à controvérsia entre essas visões (WALDRON, 1999, p. 23). Tendo isso em conta, há muito pouca margem de contestação à supremacia legislativa na interpretação constitucional. Tudo joga a favor de localizar o fórum dos princípios no Parlamento.⁶⁷³

Onde estariam os limites do majoritarismo? Considerando um modelo de democracia *meramente procedimental*, nas decisões capazes de ameaçar a continuidade do jogo democrático⁶⁷⁴, isto é, que pretendam (direta ou indiretamente) restringir ou abolir direitos de expressão e participação política, excluam indivíduos ou grupos de indivíduos do processo decisório (afetando o preceito da igualdade

672 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (Tese de Doutorado), 2006, 358 p.

673 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (Tese de Doutorado), 2006, 358 p.

674 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d.

de representação expressa no famoso adágio “*one man, one vote*”). E, agregando um vetor de *constitucionalidade* ao modelo, também no atentado contra direitos representativos de valores indispensáveis à preservação da dignidade humana (especialmente quando pertencentes a minorias).

Com efeito, a *democraticidade* da decisão não pode ser aferida apenas com base no respeito ao procedimento, pena de, podendo o legislador rever, revogar ou editar quaisquer normas, sem limitação de conteúdo (apenas observando *as regras do jogo*), sacrificar-se o próprio Estado de direito⁶⁷⁵ (satisfazendo a Thomas Jefferson⁶⁷⁶, nenhum morto governaria mais vivo algum).

O contramajoritarismo, cuja expressão mais visível na atualidade é a jurisdição constitucional, deve responder pela imposição desses limites – mas *residualmente* e sem pretensão de *irresistibilidade*, o que trancaria o diálogo⁶⁷⁷. Realmente, considerando, numa perspectiva cética (como a que nos filiamos), que o direito é um constructo retórico, elaborado, dentro ou fora do Parlamento, argumentativamente, aceitar a troca definitiva de *decisões legislativas* por *decisões judicadas* implicaria – excetuadas as legítimas hipóteses de malversação do procedimento democrático (normação objetivo-negativa) ou de risco contra um de seus elementos constitutivos (normação objetivo-positiva), a minoria – recusar a própria democracia⁶⁷⁸.

Uma maioria totalmente livre para agir é, de fato, coisa perigosíssima, mas é preciso fazer um grande salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma *constituição não escrita*

675 DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 60.

676 Conferir a nota de rodapé nº 403.

677 A jurisdição, de um modo ou de outro, já faz isso na prática: basta ver o esforço de antecipação feito pelos parlamentares (no curso dos debates legislativos) dos possíveis resultados de uma discussão judicial acerca da *norma in faciendo*. Esse *exercício de futurologia* (não no sentido de completa aleatoriedade ou imprevisibilidade, pois há coerência nas decisões de qualquer tribunal, resultado do processo de *fechamento da interpretação*) já faz parte do *cálculo de oportunidade* da legiferação.

678 No ponto em que vamos, todavia, mudar decisões do Supremo Tribunal Federal só com ruptura ou nova constituinte.

por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática.⁶⁷⁹

O *veto judicial*, nesse sentido, deve justificar-se menos por seu conteúdo (embora isso seja possível) – porquanto estamos todos, sempre e irremediavelmente, no mesmo campo da argumentação – e mais como medida cautelar: forçar a continuidade do processo deliberativo (mesmo após a censura). E, como regra, a censura há de ser *formal* e não *substancial*, de modo que o Parlamento, **como regra**, não encontre mais do que limitação temporal para tentar implementar a mudança.

É preciso, ademais, quebrar um mito bifronte que tem grassado com força cada vez maior: a concepção idealizada de um juiz hercúleo e de um legislador desprezível e venal. Nem isso é verdade nem o oposto, isto é, o legislador não é virtuoso nem o juiz alguém comprometido-ideológico. Se há vantagens comparativas entre eles, elas são práticas e não ontológicas: os juízes se acham numa posição epistemicamente mais favorável que o legislador, pois partem da norma (*texto da norma*) dada, enquanto o legislador labora em *campo aberto*. Por outro lado, o Parlamento tem melhores condições deliberativas, mais controle, mais diálogo e mais espaço público que os Tribunais Constitucionais.

3.3 O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a técnica da *interpretação conforme* como instrumento da *visão judicial*

A revisão judicial, como expressão da prerrogativa de censura judicial ao trabalho do legislador, prosperou, como temos visto – ao ponto de provocar tensões, para alguns, com a própria democracia (conquanto tenhamos visto o equívoco dessa concepção, que confunde *democracia* e *majoritarismo*). Em busca de reduzir essa tensão, *pelo menos no plano discursivo*, a jurisdição constitucional passou a valer-se de uma técnica de controle – chamada de *interpretação conforme* – que seduz por, supostamente, reforçar o prestígio da legislatura e o correlato princípio de presunção da constitucionalidade das leis (a outra finalidade dessa técnica consistiria em conferir ao intérprete, entre

679 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 9.

duas ou mais interpretações possíveis, a possibilidade de impor a mais adequada aos valores⁶⁸⁰ e propósitos da Constituição).

Na prática, a *interpretação conforme* atribui à Corte Constitucional o poder de, em face de uma lei que, a um primeiro exame, possa ser considerada inconstitucional, preservar a sua validade, atribuindo-lhe uma interpretação **razoável** que a compatibilize com o texto constitucional.

I. M. Coelho adverte para os extremos da aplicação desse princípio, que pode ensejar a possibilidade de o intérprete, por excesso de prudência, *salvar* uma lei à custa da Constituição, ou de, ao revés, contrariar-lhe o sentido inequívoco, a fim de “constitucionalizá-la”. No primeiro caso, isso significaria interpretar a Constituição conforme a lei, subvertendo a hierarquia das normas; no segundo, a conformação exagerada implicaria usurpação de tarefa legislativa, convolvando o intérprete em legislador *positivo*⁶⁸¹.

[...] ninguém ignora que a interpretação conforme a Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador. “Perante os perigos de usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo” salta à vista a importância da determinação dos limites da interpretação conforme à Constituição. Este é, justamente, um dos domínios em que se joga a problemática do “ativismo” ou da “criatividade” dos juízes constitucionais. Há que impedir a transformação, ainda que com efeitos limitados ao caso concreto, da pretensa interpretação adequada em verdadeira e própria modificação da disposição fiscalizada. A relevância da questão não pode ser subestimada com base na idéia de que quem não tem competência para proferir uma decisão de inconstitucionalidade de um

680 Luís Roberto Barroso cita exemplo (hoje defasado, mas válido pelo contexto) do uso da interpretação conforme com esse objetivo: a posição jurisprudencial que reconhecia direitos previdenciários a parceiros de uniões homoafetivas. Mesmo na ausência de norma expressa, essa sempre foi, segundo o hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, a inteligência que melhor se ajustava à vontade constitucional, por impedir a “desequiparação” de pessoas em razão de sua orientação sexual (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301).

681 MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119.

preceito legal pode, por maioria de razão, optar por uma decisão interpretativa.⁶⁸²

Rui Medeiros, autor dessa citação, prossegue, com acuidade:

Com efeito, “quando o conteúdo atribuído à lei pelo órgão fiscalizador através do apelo à interpretação conforme à Constituição contém já não um *minus*, mas antes um *aliud* em face do conteúdo originário da lei”, o órgão fiscalizador “intervém mais fortemente nas competências do legislador do que nas hipóteses em que profere uma decisão de invalidade”: enquanto após a decisão de invalidade a nova conformação material positiva é realizada diretamente pelo legislador, no caso de decisão interpretativa tal tarefa é levada a cabo pelo próprio órgão fiscalizador. Este, mais do que interpretar a lei, corrige-a ou converte-a e, obviamente, a correção e a conversão da lei atingem mais intensamente as competências do legislador do que a mera invalidação ou não aplicação da lei. “A admissibilidade de uma correção intrínseca da lei” é, portanto, muito mais atentatória “da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade.”⁶⁸³

Não estamos a advogar o *sentido literal* da lei como limite da *interpretação conforme*, vez que existe sempre a possibilidade de o sentido da lei ter sido traído por sua letra, como reconheceu o próprio Rui Medeiros⁶⁸⁴. O que nos parece importante pôr em claro é que, no limite, a *interpretação conforme*, pela possibilidade de recurso a elementos externos, muitos deles fortemente subjetivos, pode permitir a existência de leis inconstitucionais – algo incompatível com a previsão de um sistema de declaração de inconstitucionalidade como mecanismo ordinário de fiscalização do trabalho do Parlamento pelo Judiciário.

Nessa direção, o âmbito da interpretação conforme deve ficar restrito, a bem da preservação do labor legislativo, aos casos em que

682 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 300.

683 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa : Universidade Católica, 1999, p. 301.

684 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa : Universidade Católica, 1999, p. 305.

impossível identificar a vontade do legislador⁶⁸⁵. Identificada, e incompatível⁶⁸⁶ com a Constituição, a solução há-de ser pela sua invalidação, pena de prevalecer a *visão judicial*.

Por mais desejável que se apresente a alteração do *conteúdo* normativo, o encargo de fazê-lo, por dizer respeito às fontes do direito, pertence ao legislador, não ao Judiciário, sob pena de cairmos, como temeu H. Kelsen, num *governo de juízes*. Não que pretendamos defender – já deixamos claro que não – que a tarefa de interpretação seja expediente de mera *aplicação*⁶⁸⁷ do direito, que não está inteiramente dado (tantas vezes nos referimos à falência do mito Moderno-liberal do legislador onisciente e de uma legislação completa e açambarcante da realidade). Todavia, “à concreta realização do direito não compete a intencionalidade estratégica, reformadora e programática que corresponde aos poderes de direcção política e que no universo jurídico (melhor, político-jurídico) será própria do legislador”⁶⁸⁸. Realmente, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade não retira a lei da sua posição “de centralidade no ordenamento jurídico constitucional”.

3.3.1 *O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a imposição de valores na ADPF nº 54–DF e em seu parente (não tão) distante, Roe vs. Wade*

Na tensão com o princípio majoritário, o constitucionalismo encontra sua razão de ser e legitimidade na proteção das cláusulas imutáveis da Constituição (como vimos, numa Constituição completamente flexível, não faria sentido uma jurisdição constitucional, porquanto o majoritarismo teria ampla liberdade de rever as escolhas feitas pelo constituinte⁶⁸⁹) e na função contramajoritária, que é essencial à de-

685 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 312.

686 “[...] quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei.” (MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 316).

687 Igualmente, não defendemos que o juiz somente possa averiguar, binariamente, se a lei é constitucional ou inconstitucional.

688 MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 494.

689 VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d.

mocracia na medida em que coíbe os desvios autoritários da maioria. Assim, resguarda o processo e protege as minorias, servindo-lhe de fórum recursal (sem, no entanto, excluir por completo dessa função o procedimento democrático deliberativo).

A atuação da jurisdição constitucional significa a *concretização* dos direitos-promessas constitucionais: não apenas nas hipóteses de silêncio legislativo (ou governamental), mas também nas de normatização incorreta delas (depurando o sistema de providências legislativas inconstitucionais). Essa atuação, como se vê, tem o foco no *retrovisor*, isto é, o trabalho valorativo realizado pelo constituinte originário, cujas disposições não podem ser subvertidas pela legiferação. Claro que não está a jurisdição atada à busca da *intenção* do *momento constitucional originário*, devendo atualizar, na ocasião da interpretação, aqueles valores (H-G Gadamer), declarando, se for o caso, a ocorrência de mutação constitucional (o que deve ser feito, porém, em atenção aos limites dados pelo programa da norma).

Ocorre que a jurisdição constitucional, como vimos no **item 1** deste Capítulo, tem buscado tornar-se parte do próprio processo deliberativo, não se limitando a meramente sindicá-lo. Nesse mister, o foco deixa o retrovisor e se dirige ao *para-brisas* normativo, na medida em que pretende criar direito abstrato e geral, tarefa nitidamente prospectiva.

Tomemos como exemplo a mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54–DF. Nela, o Supremo Tribunal Federal, valorando as palavras e locuções constitucionais “liberdade”, “dignidade da pessoa humana”, “saúde”, “autodeterminação” e “vida”, declarou a inconstitucionalidade da “interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”⁶⁹⁰. Ao fazê-lo, precisou *positivar* valores, genérica e abstratamente, para incluir no sistema uma nova hipótese de aborto (humanitário ou terapêutico, como se queira chamar – menos sob o viés do nascituro) em favor das mulheres⁶⁹¹.

690 Excerto da ementa da ADPF nº 54–DF.

691 No mérito, concordamos com a decisão, que deveria, no entanto, ter sido tomada pelo Parlamento. A propósito, John Hart Ely se declarou favorável a que os meios políticos conferissem o direito de aborto às mulheres (ELY, John Hart. *On constitutional ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 7).

E se esses valores viessem a ser escolhidos pelo legislador, como resultado do processo majoritário deliberativo, com o vetor dirigido à proteção da vida e dignidade do feto? Poderia a norma ser declarada inconstitucional, por substituição de valores (sendo os da Corte *melhores* que os do Parlamento)? A julgar pelo desenlace do caso coirmão, *Roe vs. Wade* (1973), em que uma lei foi declarada inconstitucional, parece-nos que sim.

Nessa ilustração incontestante de ativismo judicial, a Suprema Corte dos Estados Unidos estendeu a proteção da privacidade⁶⁹² ao tema do aborto. De acordo com a estipulação do Tribunal, o direito à privacidade abrangia a decisão sobre o aborto, na qualidade de um direito fundamental, não sendo o feto considerado pessoa para efeitos da proteção da 14^a Emenda. Por outro lado, esse direito fundamental somente poderia ser restringido se houvesse um “*compelling state interest*” (mas “o interesse do Estado para proteger a saúde da mulher apenas se tornaria relevante após o final do primeiro trimestre de gravidez. Também, o interesse para proteger a vida humana potencial apenas surgiria após a ‘viabilidade’ do feto para um nascimento prematuro”⁶⁹³).

Durante os debates, Douglas afirmou que o direito ao aborto está protegido pelo direito à privacidade apenas nos estágios iniciais, sendo neste período uma decisão exclusiva da mãe. Portanto, a lei seria inconstitucional por prever apenas a circunstância de perigo à saúde física da mãe, sem prever eventual dano à saúde mental. Já nos rascunhos de voto de Blackmun (relator), este defendia que a lei, em *Roe*, era inconstitucional por ser vaga e não mencionar a proteção à saúde da mãe.

[...]

Douglas proferiu um voto vogal atribuindo à 9^a emenda a fonte do direito à privacidade. Afirmou que a 14^a emenda alberga três espécies de liberdades: liberdade corporal (contra prisão, para o destino do corpo, de saúde), liberdade para as

692 O precedente de *Roe vs. Wade* foi *Griswold vs. Connecticut* (1965), no qual se reconheceu a existência de um direito à privacidade (*right to be let alone*) a partir da inconstitucionalidade de lei estadual que proibia o uso de métodos contraceptivos.

693 ÁVILA, Thiago André Pierobom. Um panorama histórico da Corte Suprema americana. *Paper*, 39 p. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/suprema-corte-EUA-Thiago.doc>. Acesso em 11 de abril de 2013.

decisões da vida e a liberdade de intelecto e de personalidade. Também defendeu a existência dos direitos não-textuais.⁶⁹⁴

O *justice* Rehnquist, nomeado durante o julgamento de *Roe*, criticou a atitude legislativa do Tribunal, alertando para o risco de revigoramento do devido processo legal substantivo para apreciação da sabedoria da lei. “Também criticou a ausência de critérios objetivos para se definir um direito fundamental, especialmente os direitos não textuais”⁶⁹⁵.

De todo modo, seja em casos de *ausência legislativa*, como na ADPF nº 54–DF, seja naquel’outros de *presença legislativa*, como em *Roe vs. Wade*, correta a ponderação de C. Wolfe: “tem sentido que um legislador pergunte se a legislação proposta é consequente com os princípios de nosso governo, é dizer, com os objetivos da política de acordo com a filosofia implícita na Constituição. Todavia, é um passo muito grande disso dizer que o poder judicial deveria agir deste modo”⁶⁹⁶.

3.3.2 *O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a substituição de valores no julgamento da ADI nº 4.277–DF e da APDF nº 132–RJ (um Supremo Tribunal Reformador)*

A substituição da valoração legislativa (de índole constitucional) pela judicial como resultado da ação hermenêutica ganhou força má-

694 ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Um panorama histórico da Corte Suprema americana*. Paper, 39 p. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/suprema-corte-EUA-Thiago.doc>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

695 ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Um panorama histórico da Corte Suprema americana*. Paper, 39 p. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/suprema-corte-EUA-Thiago.doc>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

696 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 158. (“[...] tiene sentido el que un legislador pregunte si la legislación propuesta es consecuente con los principios de nuestro gobierno, es decir, con los objetivos de la política de acuerdo con la filosofía implícita en la Constitución. Sin embargo, hay un paso muy grande de esto a decir que el poder judicial debería actuar de este modo.”) (Tradução livre).

xima com o julgamento da ADI nº 4.277-DF⁶⁹⁷ e da APDF nº 132-RJ⁶⁹⁸, por meio das quais se conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ao editar o Código Civil em 10 de janeiro de 2002 (Lei nº 10.406), o legislador ordinário, lendo, a nosso ver corretamente, o (retrógrado) texto constitucional, estabeleceu:

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.

O fundamento axiológico-normativo desse dispositivo foi o art. 226, § 3º da Constituição:

Art. 226......

.....

§ 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.

.....

A jurisdição divergiu da valoração legislativa. Sem realizar exaustiva digressão sobre os fundamentos argumentativos da decisão (pretensiosamente reveladores do verdadeiro conteúdo axiológico da Constituição), o que a Corte fez foi estabelecer que a “proibição constitucional do preconceito”, o “pluralismo como valor sócio-político-cultural”, a “liberdade de orientação sexual” (espécime de direito

697 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 219, p. 00212.

698 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, de 14 de outubro de 2011, e no Ementário Vol. 02607-01, p. 00001.

fundamental) e o “direito à intimidade e à vida privada”⁶⁹⁹, associados à compreensão de que a Constituição “não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica” – tratando-se de “categoria sócio-cultural e princípio espiritual” não passível de interpretação reducionista –, conferem a todos “direito subjetivo de constituir família”, merecedora da proteção do Estado⁷⁰⁰.

Nesse aspecto, o Tribunal entendeu que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”, considerando-a, antes, “instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica”. Nesse sentido, fixou que a “isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos [...] somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”, declarando “avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes [...] na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural”⁷⁰¹.

Acerca do expresso óbice linguístico do § 3º do art. 226 da Constituição, a Corte foi inteligentemente criativa:

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das

699 “O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.” (Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF).

700 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

701 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.⁷⁰²

Concordamos, no resultado, com a decisão e, mais especificamente, com a tese de que a Constituição não excluiu nenhuma espécie de família do âmbito da proteção do Estado, tenha ela sido constituída formal ou informalmente (“o *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado [...], família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”⁷⁰³). O que a Constituição fez, lado outro, foi, a nosso juízo, restringir os *mecanismos de formação* da família consistentes no *casamento* e na *união estável* às pessoas de sexo diferente: apenas essas poderiam casar-se; apenas essas poderiam, caso não o quisessem, constituir *união estável*, instituto informal fundado na tradição e cultura populares, a que o legislador, por meio da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, dera conformação jurídica. E ressalte-se: ao restringir o uso desse instituto às pessoas de sexo distinto, o legislador mais não fez que dar cumprimento à opção original e expressa do constituinte.

No julgamento da ADI nº 4.277-DF e da ADPF nº 132-RJ, o Supremo Tribunal Federal declarou a “impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969”. Ocorre que, sob o contexto da Emenda Constitucional nº 1º, de 1969, a *atualização* do sentido da norma, sob o aspecto meramente textual, teria sido possível, vez que não havia especificação quanto aos *requisitos orientadores-sexuais* do casamento:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º O casamento é indissolúvel.

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e prescrições da lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

702 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

703 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

No caso da Constituição de 1988, que optou pelo esclarecimento da destinação do instituto, a atualização somente seria possível por *reforma* do próprio texto (mediante processo de emenda à Constituição).

Dessarte, a proteção estatal às famílias homoafetivas não havia sido excluída pela Constituição (nem a concessão de certos direitos correspondentes à união estável e ao casamento), que apenas limitara certos *canais de acesso* à organização formal da família. Nessa toada, se é certo que não há hierarquia nem diferença de qualidade jurídica⁷⁰⁴ entre “entidade familiar” e “família” e que “a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”⁷⁰⁵, não é verdade que se possa aplicar, quanto aos instrumentos formalmente estabelecidos de constituição familiar – *casamento* e *união estável* –, o juízo segundo o qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”⁷⁰⁶, como fez a Corte.

Embora concordemos com a formulação – realizada no julgamento e constante da ementa do acórdão – nos termos da qual “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade”, porquanto efetivamente não há falar-se em “direito dos indivíduos heteroafetivos à [...] não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos”⁷⁰⁷, estamos em que, no caso, a opção feita pelo constituinte originário haveria de ser respeitada pela jurisdição constitucional com base nos mesmos fundamentos que lhe conferem autoridade para realizar o controle de constitucionalidade: a defesa do *momento constituinte* contra os avanços inconstitucionais do majoritarismo.

No mínimo, havia que se respeitar a *história* dos institutos *união estável* e *casamento*, bem como da legislação em torno deles, o que não

704 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF* Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 341, e na RTJ Vol. 219, p. 00212.

705 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

706 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4.277-DF.

707 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF.

se fez; rupturas de entendimentos e construções jurisprudenciais são admissíveis e mesmo necessárias, em momentos revolucionários – o próprio R. Dworkin o reconheceu. No caso, porém, a matéria tinha regulação expressa na Constituição, limitando a objetivação axiológica empreendida pelo Tribunal.

Na hipótese, o argumento de que “os direitos e garantias expressos [na] Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁷⁰⁸ foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para empreender uma leitura axiológica do texto constitucional com repercussão mais do que de legislação geral: de *constitucionalização geral*, sob a retórica de manter, “interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”⁷⁰⁹.

Ao final do julgamento, a Corte declarou estar a “matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição”⁷¹⁰. Tendo, no entanto, *fechado a interpretação*, ao indicar ser imperioso vedar, a propósito do art. 1.723 do Código Civil “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família [...], reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”⁷¹¹, cumpre perguntar: pode o legislador ordinário ou constitucional divergir do Supremo Tribunal Federal?

Tornaremos a esse caso no último subitem do derradeiro item deste Capítulo para avaliar se a decisão normativa da Corte se justificava, no mínimo, como defesa contramajoritária de uma minoria.

708 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF.

709 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF.

710 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF.

711 Excerto da ementa do acórdão da ADI nº 4277-DF.

3.4 O caráter positivo da tensão entre majoritarismo (como democracia deliberativa) e constitucionalismo⁷¹²

Embora discordemos do entendimento de Carlos Santiago Nino⁷¹³, para quem a *verdade moral* (que, numa perspectiva dworkiana, vai qualificar a decisão sobre *direitos*) possa ser obtida num procedimento que privilegie a discussão intersubjetiva, no suposto de que *política* e *moral* não se separam e que a necessidade de justificar determinada posição frente aos demais partícipes do debate produz incremento de conhecimento, depurando-se defeitos de raciocínio e prestigiando-se a imparcialidade, estamos com ele de acordo no seguinte sentido: o procedimento deliberativo, expediente de trabalho da democracia representativa, é mais confiável para a produção de soluções aceitáveis (que C. S. Nino chama de “corretas”) que aquele da reflexão individual⁷¹⁴.

A proposta de C. S. Nino aceita a posição de J. Rawls, no sentido de que a verdade moral se constrói pela satisfação dos pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático, em especial aquele segundo o qual um princípio moral é válido se aceito por todos os que se encontrem sob condições ideais de imparcialidade, racionalidade e cognição acerca dos fatos relevantes (as *condições ideais do discurso*), bem como a perspectiva de Jürgen Habermas de que a verdade pode ser construída pelo consenso resultante da prática da discussão moral (desde que haja imparcialidade).

C. S. Nino avança além dessas teses, ao defender a capacidade de a prática democrática coletiva, discursiva e imparcial, produzir a *verdade moral*, sem, no entanto, pretender que **a** solução correta ou justa seja uma decorrência exclusiva do *consenso* – ainda quando presentes as condições ideais para o debate de ideias. O serviço da democracia deliberativa seria outro: permitir a consecução do resultado *mais* correto. Para tanto, seria preciso incluir todos os possíveis afetados no processo deliberativo-decisório, garantir a expressão e a fiscalização

712 “Uma longa disputa indica que as duas partes estão erradas.” (Voltaire). “...não é preciso ter as mesmas idéias para dançar a mesma quadrilha.” (Machado de Assis).

713 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

714 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 162.

de todos os argumentos que servirão de arrimo à tomada de decisão e assegurar a igualdade de participação e manifestação.

Obviamente, nem mesmo se atendidas todas essas exigências conseguiremos eliminar a possibilidade de *decisões* ruins sobre direitos ou que indiquem corrupção do majoritarismo, razão pela qual certos *valores* fundamentais (direitos e garantias), bem como as minorias, não podem prescindir da proteção que lhes confere o constitucionalismo.

Não há motivos, pois, para pretender superar a tensão entre *deliberacionismo democrático e constitucionalismo*, porquanto a disputa interinstitucional entre essas instâncias pode garantir, afinal de contas – e sem usurpação de poderes do Legislativo –, o máximo de participação, racionalidade, publicidade e imparcialidade: de um lado, a democracia tende, supostamente, a envolver o máximo de agentes possíveis no processo de discussão, contribuindo para o aumento da racionalidade; de outro, o constitucionalismo serve a sindicalizar a regularidade do procedimento (estabelecendo, por exemplo, a necessidade de representação no debate de categorias excluídas pela maioria, de modo a garantir, mais do que *simples* deliberação, *ampla e efetiva* deliberação).

O Supremo Tribunal Federal, posto que sua função precípua é a guarda da Constituição, deve assumir, enquanto órgão aplicador do Direito, a tarefa, que também é sua, de garantia de um processo político democrático, na medida em que democracia é hoje, mais do que nunca, como diria Bobbio (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 18 *et seq.* Para uma crítica ao enfoque empirista/descritivo de Bobbio, ver Habermas, Jürgen. *Between facts and norms*, capítulo 7, p. 303- 304), respeito às regras do jogo. Não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, constitucionalismo e democracia não se opõem, já que o constitucionalismo não pode ser mais compreendido como a defesa da esfera privada contra a pública, nem muito menos a democracia pode ser reduzida a um princípio da maioria ou a um conceito clássico de regime representativo, nos termos de um paradigma liberal de Estado, o que afeta a própria interpretação do princípio da separação dos poderes. Somente uma reconstrução, em termos discurs-

sivos, da separação dos poderes, que ultrapasse uma leitura liberal, mas também uma republicana, da política e do Direito, poderá romper, devidamente, com oposições como essa. Com isso, resultará falsa a ideia segundo a qual o Supremo estaria desrespeitando o princípio democrático ao assumir a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, determinada pela própria Ordem Constitucional.⁷¹⁵

4. Moralismo, retórica e procedimentalismo: uma opção pelo direito possível

“Se fazemos tanto esforço para achar nossas razões, como aceitar facilmente as alheias?”

Carlos Drummond de Andrade

“O direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança.”

John Hart Ely

De tudo quanto até o momento expusemos, e por nos havermos esforçado para persuadir que o direito não é dotado de realidade ontológica própria; que, constatada a sua natureza retórica, devemos, pela segunda vez, abandonar o mito iluminista (que, na pós-modernidade, assumiu uma feição racional-argumentativa-clarificadora) da *resposta única e correta*; que, em lugar de uma resposta que atenda a esse duplo predicado, é possível, pelo menos, uma resposta momentaneamente

715 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In.: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo. *Direito & Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

melhor⁷¹⁶ que outras, embora provisória, nunca definitiva (H-G Gadamer); que a divergência, ínsita às democracias deliberativas, possui um profícuo sentido; que a neutralidade, seja do legislador, seja do juiz, é um mito; que a jurisdição se ancora, em busca de legitimação, num jogo retórico pretensiosamente capaz de produzir argumentos infalíveis e irresistíveis⁷¹⁷; que, portanto, a Constituição não é *igual* ao que as Cortes constitucionais dizem que ela é, pensamos ter deixado clara nossa posição niilista acerca do funcionamento do sistema judicial.

Nesse sentido, como controlar a produção do direito senão por via de algum *procedimentalismo democrático*? Realmente, sendo impossível, como nos parece, distinguir aprioristicamente respostas *certas* de *erradas* e obter imparcialidade quando em jogo interesses de uma comunidade de indivíduos⁷¹⁸, resta-nos avaliar, com o máximo de cautela, as possibilidades de construção *razoável* do direito. Nesse sentido, um diálogo amplo e plural, como o que se passa no âmbito dos procedimentos legislativos democráticos (que se baseiam no suposto de que o desacordo é parte essencial e inderrogável de sociedades democráticas), que levam em conta a maior divergência e participação possíveis, afigura-se – presumimos que se afigure – o melhor caminho entre os disponíveis, ainda que precise, para manter-se regular, da coação (no mínimo potencial) do Judiciário.

Realmente, não é sensato, em matéria de criação de direito geral e abstrato, confiar sumariamente nas instituições. Se o Judiciário foi alvo de desconfiança nos primórdios da Revolução Iluminista que instaurou a Modernidade – tendo sido constrangido, em matéria hermenêutica, pela autoridade da lei –, posto assumido pelo Legislativo ao longo do século XIX e, em concorrência com o Executivo, no curso do século XX, o momento é de estender a dúvida e suspeição aos três Poderes do Estado.

716 O direito não é um constructo racional, mas a justificação das decisões, políticas ou judiciais, deve ser.

717 No entanto, sequer podemos nos livrar do risco de mesmo a escolha do método ter se dado depois de o julgador haver decidido intimamente com base em critérios próprios, subjetivos.

718 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 260

Nesse contexto, é por uma concepção procedimental da Constituição – considerando o Legislativo fórum dos direitos e princípios⁷¹⁹ – que entendemos tenha de ser enxergada a tarefa fiscalizadora da jurisdição: como síndico dos mecanismos do majoritarismo, garantindo (*recursal*, mas residualmente⁷²⁰) que todos possam tomar parte efetivamente do processo deliberativo-decisório e corrigindo, conforme o caso, os desvios do sistema democrático.

Aderimos, nesse passo, a John Hart Ely⁷²¹, para quem as questões públicas devem, em geral, ser decididas pelo voto majoritário – que, numa democracia autêntica, não tem compromisso com a geração de *um certo tipo de leis*, em face das diferenças entre as pessoas⁷²² –, com três exceções: (i) quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas do processo ou, então, para diluir a influência delas no dito processo; (ii) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável, para uma minoria; ou (iii) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes, de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torná-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro. Nessas situações, há funcionamento inadequado do procedimento⁷²³.

719 Nesse sentido, posicionamo-nos contra o entendimento de Alexander Bickel – para quem deveriam os tribunais, em razão de seu isolamento, funcionar como repositório de princípios e instituição deliberativa central – e associamo-nos ao de Cass Sunstein: “I think Bickel erred in seeing the Court as having a systematically better understanding of ‘principle’ than other branches.” (SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 267) (“Penso que Bickel se equivocou ao considerar a Corte como tendo uma compreensão sistematicamente melhor acerca de ‘princípios’ que os outros Poderes”). (Tradução livre).

720 SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 267. Vale referir que, para John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 183), o “direito constitucional existe precisamente para aquelas situações em que o governo representativo não pode receber confiança, não para aquelas em que sabemos que pode”. (“[...] constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can.”) (Tradução livre).

721 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

722 ELY, John Hart. *On constitutional ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 9-11.

723 Mas não se pode dizer que há *funcionamento defeituoso* apenas com base na discordância dos resultados – especialmente numa leitura procedimental da Constituição.

O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.⁷²⁴

Para uma correção democrática, devem os juízes proteger não apenas o processo político, mas também o direito de participação política das minorias, evitando adotar (ou declarar, conforme a visão que se tenha da Constituição) valores substantivos, tarefa que, como regra, deve ser mantida, pena de usurpação, no Parlamento (que precisa ser mantido sob a vigilância do processo eleitoral). Dito de outro modo, não podem os juízes outorgar-se uma licença para *criar* ou *descobrir* mais direitos não justificados pelas exceções (1) e (2) e jamais constitucionalizados por uma supermaioria, e protegê-los como se existissem. A determinação de valores deve ficar a cargo dos representantes eleitos, cabendo aos juízes interferir em caso de funcionamento deficiente do processo democrático⁷²⁵.

724 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

725 Jürgen Habermas (1997, p. 326-330) é, a nosso ver, o autor da crítica mais contundente ao procedimentalismo: “Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar o ‘judicial self-restraint’. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos [...]. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, 1997, p. 328-329)”.

Os juízes nomeados [diferentemente de nossos representantes] estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. Isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso. No entanto, isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear[em] os canais de mudança, quer por atuar[em] como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar.⁷²⁶

Isso significa negar à interpretação empreendida pelos Tribunais Constitucionais uma instância moral (que, levada ao limite, comprometeria integralmente o arranjo da distribuição de funções entre os Poderes do Estado), especialmente quando em demanda a possibilidade de construção de normas de aplicação geral e abstrata. Pelo procedimentalismo, senão o direito *justo* (que pode resultar de uma visão de mundo particularizada), mas o direito procedimentalmente *correto* e democraticamente *possível* surgirá do uso adequado do princípio majoritário, isto é, desde que assegurada a participação de todos, indistintamente, de modo que ninguém possa alegar que a divisão de ônus e bônus sociais tenha sido injusta.

Vemos, com efeito, riscos numa compreensão substancialista dos direitos fundamentais, dada a ausência de controle *institucional* dos resultados da interpretação produzida pelas Cortes Constitucionais. Com efeito, não havendo quem sindicalize a interpretação por elas produzida (vale recordar, entre nós, que, na citada ADI nº 544-4-DF, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que não cabe ação direta de inconstitucionalidade para impugnação de súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), que tem pretensão de substituir-se, como vimos no Capítulo IV deste texto, à própria norma jurídica formal, quem garante não possam os resultados ser insatisfatórios?⁷²⁷

726 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

727 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

Assim, eu digo às cortes: façam cumprir aqueles direitos que se inspiraram em suficiente consenso popular para assegurar um lugar no documento⁷²⁸. Façam cumprir aqueles direitos que são necessários para que todos nós, livres e igualmente, possamos deixar registradas nossas preferências. Façam respeitar para as minorias aqueles direitos que a maioria previu para si mesma. Façam cumprir todos esses direitos com todo o vigor que puderem. Mas, além desses, vocês simplesmente não têm direito em uma democracia – não mais que filósofos ou professores de direito ou qualquer outro – de dizer para o resto de nós que nós nos enganamos e que vocês sabem mais.⁷²⁹

Embora se possa ponderar que “a derivação de novos e diversos direitos a partir de uma interpretação substancial do direito de liberdade ou da cláusula da igualdade [possa] ser justificada do ponto de vista político⁷³⁰” (e mesmo o minimalismo judicial defende que o governo deve apresentar razões para as decisões que adota), dizer que a intervenção judicial, quando excessiva, “será julgada pela própria sociedade” parece-nos pouco, em termos de defesa contra possíveis abusos.

A melhor defesa contra os excessos não residiria, pois, na ariscada possibilidade de revisão da ação legiferante com base no uso indiscriminado da cláusula do *devido processo substantivo* (que pode esvaziar a política por inteiro dos demais ramos do Estado, na esteira de uma extensa e irrefreável *judicialização*), mas, sim, no controle procedimental proporcionado pela cláusula da *igual proteção* – que, preservada pela jurisdição, garante a regularidade do processo democrático e o respeito às minorias⁷³¹.

728 Aqui John Hart Ely se refere, obviamente, à *Constituição*.

729 “Thus I say to courts: Enforce those rights that have inspired sufficient popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce for minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce all those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy – no more than philosophers or law professors or anyone else has – to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better.” (ELY, John Hart. *On constitutional ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 16) (Tradução livre).

730 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

731 “Por razões que são correntemente obscuras, eu atravessei um período de preocupação de que a orientação aqui recomendada pudesse implicar menos proteção para as liberdades civis. (Claro, ela negaria a oportunidade de criar direitos do nada: isso é muito da força desse ponto. O que eu tinha em mente era a possibilidade de que as mesmas

Para solver esse problema, a estratégia *democraticamente adequada* consiste em encontrar uma posição de equilíbrio que, defendendo, **como regra**, uma visão procedimental da Constituição, admita, **como exceção**, o recurso à cláusula do devido processo substantivo – mas não em relação a todos os cidadãos, apenas às minorias, em situações de grave comprometimento à sua existência ou dignidade. Somente nesses casos a justeza da lei ou a omissão do legislador poderiam ser substantivamente qualificadas, para derrogação ou suprimento.

Resumidamente, o procedimentalismo implica, primeiro, o asseguramento a todos, especialmente às minorias, do direito de participar do debate político; num segundo plano, numa guinada substancialista residual (e excepcional), a garantia de que as minorias não sejam serão tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma (ou, por outras palavras, que todos possam “usufruir dos benefícios comunitários a serem compartilhados em uma sociedade próspera”⁷³²).

Com esse sentido, as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção devem ser interpretadas pelos juízes de maneira a assegurar um resultado justo.

O resultado é justo para as minorias quando (i) foi garantido o acesso a bens fundamentais que servem à emancipação política, como a cultura e a educação, razão pela qual as chamadas ações afirmativas devem ser judicialmente amparadas e

liberdades poderiam vir sistematicamente mais fracas se derivadas de uma orientação voltada para a participação do que se protegidas sob o fundamento de que são ‘boas’). A reflexão me convenceu de que justamente o oposto é verdadeiro, de que as liberdades estão mais seguras na medida em que se fundam na teoria que sustenta o nosso governo inteiro, e não porque o juiz que decide o caso pensa que elas são importantes.” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001). “For reasons that are currently obscure, I went through a period of worrying that the orientation here recommended might mean less protection for civil liberties. (Of course it would deny the opportunity to create rights out of whole cloth: that is much of this point and strength. What I had in mind was the possibility that the same freedoms might systematically come out thinner if derived from a participational orientation than they would if protected on the ground that they are ‘good’.) Reflection has convinced me that just the opposite is true, that freedoms are more secure to the extent that they find foundation in the theory that supports our entire government, rather than gaining protection because the judge deciding the case thinks they’re important.” (Tradução livre). 732 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 320.

(ii) as minorias tiverem efetivo acesso no partilhamento dos frutos produzidos pela comunidade, na forma de acesso à riqueza de acordo com seus próprios méritos e capacidades, assegurando-se a igualdade de oportunidades. A Suprema Corte deve atuar com deferência aos demais ramos do governo sempre que possa identificar que os afetados pela lei possuam uma representação política adequada, de maneira que não possam ser subvertidos os resultados do debate político que ocorre no Congresso, como decorrência de uma sindicância judicial acerca da justiça intrínseca das decisões do Parlamento.⁷³³

Com isso, fica não vetado, mas, antes, incentivado, o diálogo interinstitucional entre Parlamento e jurisdição constitucional. E mais: embora com preponderância do Legislativo na formulação de políticas e direitos, não fica o Judiciário demitido da função contramajoritária nem hipertrofiado por interpretar substantivamente a Constituição em todos os casos de direitos fundamentais.

Essa é uma leitura democrática e colaborativa do arranjo da separação de Poderes.

5. A defesa das minorias no jogo democrático e a criação judicial do direito no âmbito do procedimentalismo: ou de como a exceção confirma a regra

“Nenhum homem tem um direito natural de praticar agressões contra os direitos iguais dos outros.”

Thomas Jefferson

Se a *jurisdição* não se opõe à democracia – consistindo, antes, em mecanismo interno e essencial a ela, na medida em que confere proteção a um de seus elementos constitutivos, as minorias –, também não pode pretender *consumi-la*, converter-se no mecanismo ordinário de deliberação e decisão sobre normas de caráter geral e abstrato

733 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 320-321.

e eficácia *erga omnes* em substituição à maioria representativa, pena de, ao fazê-lo, desbalancear o sistema. Com efeito, “a participação [do povo] na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade deve ser vista como a característica essencial da democracia”⁷³⁴.

Por outro lado, é precisamente porque “a essência da democracia não reside na onipotência da maioria, mas, antes, no compromisso constante entre os grupos representados, no Parlamento, pela maioria e a minoria e, em consequência, na paz social”⁷³⁵, que a justiça constitucional revela sua importância, “como meio particularmente adequado para realizar essa idéia. Uma simples ameaça de ação no tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole, inconstitucionalmente, seus interesses juridicamente protegidos, opondo-se com isso, em última análise, à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social do que a ditadura da minoria”⁷³⁶.

Nesse sentido, a jurisdição pode, se se mantiver distanciada da política majoritária, e se não procurar confundir-se com ela, proteger o procedimento político democrático em benefício das vozes marginalizadas, proporcionando um diálogo não meramente formal, mas *substantivo*. Diversamente de H. Kelsen, porém, para quem o Judiciário, conquanto deva servir de freio contra a ditadura da maioria, nada pode fazer se os poderes dela foram exercidos regularmente, o proceduralismo vê na ditadura da maioria circunstância excepcionadora da autoridade normativa do legislador.

É nesse terreno de absoluta reserva que o substancialismo de R. Dworkin complementa a visão procedimentalista de Hart Ely: a situação de dada minoria (que se vê violada em direitos e garantias fundamentais) pode revelar a existência de leis injustas ou, então, a ausência injusta de lei, não obstante respaldadas na vontade da maioria. A de

734 KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142-143.

735 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público nº 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

736 KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público nº 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130.

mocracia, para ser legítima e merecer esse nome, não pode desprezar as necessidades e pretensões de alguma minoria⁷³⁷.

Caberá ao Judiciário (o *Hércules dworkiano*) a tarefa de proteger as minorias mediante intervenção substantivo-axiológica para revisar o trabalho do legislador ou suprir-lhe o silêncio, que, no caso de proteção a minoria em matéria de direito ou garantia fundamental, não tem justificativa para prosperar (seja o motivo do silêncio crise político-partidária, institucional ou divergência estrutural ou conceitual sobre o direito reivindicado). A necessidade fático-jurídica legitima a atuação da jurisdição.

Na história do constitucionalismo, *Brown vs. Board of Education* (1954), caso que marcou o início da efetivação dos direitos civis nos Estados Unidos, é o símbolo do legítimo ativismo criacionista. Não nos custa discorrer um pouco sobre ele.

Ainda sob a condução do *Chief of Justice* Vinson, a Suprema Corte realizou uma conferência sobre o tema, não havendo decidido, todavia, em razão da ausência de lei respaldando a dessegregação e do precedente *separate but equal*. Sob a presidência de Earl Warren, a Corte retomou o julgamento. Nesse novo contexto, Earl Warren afirmou que o *separate but equal* era baseado na inferioridade do negro, portanto inconstitucional – ponderou, ademais, não ser possível, ademais, afirmar, na história legislativa da 14^a Emenda, uma *original intent* a servir de arrimo à segregação.

A decisão final, passada em 17 de maio de 1954, fixou que escolas separadas não eram iguais e que a história da 14^a Emenda não permitia concluir pela admissibilidade da segregação. Houve considerações fortes de mérito, como o assentamento da importância de uma educação de qualidade e o impacto negativo da segregação sobre as crianças negras. A Corte, por unanimidade (graças ao trabalho do *Chief of Justice* Warren), declarou a inconstitucionalidade da segregação, mesmo ante a inexistência de lei federal sobre o tema, contribuindo inequivocamente para a proteção não apenas de uma minoria racial, mas também, como precedente, de outras minorias⁷³⁸.

737 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 25.

738 Realmente, embora *Brown vs. Board of Education* tenha se cingido à segregação escolar, serviu de parâmetro para eliminar a segregação em outras esferas, como em

O progressismo da Corte Warren e sua contribuição para o diálogo interinstitucional foi assim descrito por Rebecca Zietlow:

A era da Corte de Warren propiciou uma marcante expansão dos “direitos de inclusão”, direitos que promovem uma visão inclusiva de quem pertence à comunidade nacional e facilitam a adesão igualitária no seio dela. Baseados em igualdade, os direitos de inclusão ajudam a definir e expandir o acesso à comunidade em que vivemos, removendo barreiras para a participação. Críticos e defensores da Corte de Warren com frequência atribuem a expansão desses direitos àquela Corte, condenando-a [no primeiro caso] por impor ilegitimamente sua própria vontade ao processo democrático ou louvando os seus juízes [no segundo] como “heróis contramajoritários” protetores dos direitos das minorias. A Corte Warren, além de ter protegido os direitos de inclusão, incentivou o Congresso a também protegê-los. De fato, a partir do Ato de Direitos Civis de 1964 até o Ato de Violência contra a Mulher de 1994, o Congresso protegeu mais esses direitos do que as cortes federais.⁷³⁹

5.1 Quem é *minoria*?

Estabelecido que a jurisdição constitucional deve, por sua função contramajoritária, garantir a regularidade do processo político,

Baltimore (segregação em praias públicas), Atlanta (segregação em área de golfe municipal) e Montgomery (segregação no sistema de transporte de ônibus, em prédios públicos, pousadas, recreação e alimentação).

739 “The Warren Court era saw a marked expansion of “rights of belonging,” those rights that promote an inclusive vision of who belongs to the national community and facilitate equal membership in that community. Based in equality, rights of belonging help to define and expand access to the community in which we live by removing barriers to participation in that community.⁶ Both critics and supporters of the Warren Court often attribute the expansion of these rights to that Court, whether condemning the Court for illegitimately imposing its own will on the democratic process or praising the Justices of the Warren Court as “countermajoritarian heroes” protecting rights of minorities.⁷ Yet while the Warren Court certainly was protective of rights of belonging, the Warren Court’s deference towards Congress enabled that body to be equally protective of those rights. Indeed, from the 1964 Civil Rights Act to the 1994 Violence Against Women Act, Congress gave those rights *more* protections than did federal courts.” (ZIETLOW, Rebeca E. The Judicial restraint of the Warren Court – and why it matters. In.: *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, No. 2, 2008, January 23, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=960144> 2007>. Acesso em: 17 de julho de 2013 (Tradução livre).

garantindo às minorias não uma representação meramente técnica, mas efetiva, podendo, em situações-limite, criar direito geral e abstrato a partir de princípios estabelecidos na Constituição para igualá-las à maioria, resta perguntar *quem é minoria*.

Não se trata de tarefa fácil, a ser resolvida mediante *recortes matemáticos*⁷⁴⁰. A história da cultura exerce peso inegável nessas considerações. Se os direitos fundamentais são direitos históricos, e não naturais, como declarou Norberto Bobbio⁷⁴¹, revelando sua *circunstanciedade*, porque não haveriam de também mudar, ao longo do tempo, os mercedores de sua proteção (separados, como uma casta privilegiada, dos demais)? Os *Founding Fathers*, ao inscreverem, na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que “Todos os homens nascem livres e iguais em direito,” não concebiam o termo “homem” da mesma maneira que seus sucessores contemporâneos. O vocábulo precisou, com o correr dos anos e gerações, adequar-se às demandas dos novos tempos, abrangendo, no exemplo mais notório, os negros.

A inclusão do *outro*, exigência fundamental da concepção democrática habermasiana, é peça essencial à compreensão de quem são minorias, reconhecendo que essa inclusão não se dá de uma única vez nem sem atritos ou embates, mas, antes, de forma processual – para o que Parlamento e Judiciário, sucessivamente, desempenharam e desempenham papel de relevo. Negros, mulheres, crianças, homossexuais, pessoas com necessidades especiais, hipossuficientes econômicos, certas *raças*⁷⁴² (entre outros grupos vulneráveis), em algum momento e em maior ou menor grau, foram excluídos da concepção Moderno-liberal de “homem”, de modo que sua inclusão, que ainda não se completou, depende da possibilidade de fruição dos mesmíssimos benefícios estendidos à maioria circundante.

740 Sobre a dificuldade da conceituação de “minorias”, remetemos a ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

741 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 16, 18, 19 e 68, entre outras.

742 A diferenciação de grupamentos humanos com base em “raça” é altamente questionável sob a ótica da biologia.

John Hart Ely fornece um indicativo⁷⁴³: provavelmente merecem especial proteção aqueles grupos não representados de forma dominante na legislatura (no caso norte-americano, grupos formados por indivíduos que não sejam brancos, homens, protestantes, heterossexuais), ao contrário daqueles cujos indivíduos compartilham características (raça, orientação sexual, idade, desenvolvimento físico ou intelectual) ordinariamente encontradas entre os parlamentares. Isso porque a *maioria* tende, consciente ou inconscientemente, a manter-se hegemônica, excluindo a divergência. Para tanto, vale-se não só da mais óbvia estratégia de obstrução procedimental à participação, mas também da negativa de concretização de direitos fundamentais benéficos às minorias.

Ainda assim, temos apenas indícios.

Discorrendo sobre o sistema norte-americano, Eduardo Appio esclarece que, naquele País, “pessoas de outras nacionalidades que tenham residência permanente nos Estados Unidos são consideradas sujeitas a uma maior proteção da Suprema Corte”, que lhes assegura o “acesso aos mesmos direitos sociais, oportunidades de emprego civil e também financiamentos públicos que os cidadãos norte-americanos. Mais recentemente, a Suprema Corte reconheceu que, mesmo em relação aos filhos de imigrantes ilegais que se encontrem no país clandestinamente, não se pode impor um tratamento discriminatório na área de educação, visto que não existe um interesse legítimo por parte do governo em impedir que crianças inocentes tenham acesso à educação básica”⁷⁴⁴. A revelar que o deslinde da questão não é tão simples, naquele mesmo país, e ainda segundo Eduardo Appio, já se

decidiu que os idosos não são considerados verdadeiras minorias, dado que não foram sujeitos a um tratamento histórico degradante ou discriminatório, e também não podem ser considerados minorias isoladas na sociedade”⁷⁴⁵. Há, ainda, as “classes quase suspeitas”, como os filhos ilegítimos

743 Trata-se da chamada “we-they theory”. Conferir, a respeito, ELY, John Hart. *On constitutional ground*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, p. 271-272; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 145-170.

744 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200-201.

745 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 201.

e as mulheres; e aqueles grupos que deixaram, por decisão da Suprema Corte, de configurar “classe suspeita” ou “quase suspeita”, como as pessoas com deficiência mental e os discriminados em função de orientação sexual⁷⁴⁶.

Para Guilherme Soares,

o conceito de minorias isoladas e sem voz, grupos vulneráveis, grupos marginalizados, ou qualquer que seja a expressão utilizada, tem caráter qualitativo. Ele depende, acima de tudo, da experiência de autoconhecimento, de definição da própria identidade, que as pessoas vivenciam em suas interações recíprocas, sobretudo mediante a comunicação e o diálogo. Isso significa que o Judiciário deve olhar para os pontos onde as identidades emergem, para as margens da sociedade. Ele deve tentar identificar “os bodes expiatórios em uma sociedade particular, os proscritos da sociedade” (CALABRESI, 1991, p. 97). Exemplos costumeiramente citados são os negros, as mulheres, os índios, os judeus, os homossexuais, os presidiários e os portadores de deficiência, mas certamente essas categorias não esgotam nem de longe o rol. Até porque, num ambiente democrático, novas identidades estão em constante formação e numa incessante luta por reconhecimento.

De uma perspectiva mais prática, o instrumento primordial posto à disposição dos juízes para a identificação desses grupos é a análise histórica. Como asseverou Calabresi (1991, p. 98, n. 51), “uma análise histórica cuidadosa, mesmo se não explica por quê, oferece uma base justamente sólida para decidir quais grupos não são protegidos pelo processo político ordinário e quando eles não o são”. Apesar disso, a especulação histórica não pode ir ao ponto de cegar o juiz para o estímulo fundamental que o processo judicial lhe propicia: a audiência sincera e ampla das partes em meio ao contraditório. De fato, a história pode ser contada de diferentes pontos de vista. Em razão disso, o juiz deve enxergar a conversação com as partes como uma forma de polemizar suas próprias compreensões e de aprender criticamente com olhar dos outros. É dizer, a análise histórica da discriminação não é uma investigação solitária em busca de fatos incontroversos, mas

746 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 202.

um diálogo participativo que procura a todo o tempo reavaliar os entendimentos estabelecidos.⁷⁴⁷

Seja como for – e não constituindo propósito deste modesto texto discutir e definir *minorias*, mas tão-somente argumentar que, em favor delas, justifica-se um ativismo judicial mais vigoroso –, parecem-nos suficiente dizer que é tarefa da lei (ou, em sua falta da decisão judicial) **declarar** (ou **impor**, no caso do provimento jurisdicional), em benefício de determinada classe de indivíduos (alijados do processo democrático ou nele sub-representados e em relação aos quais a distribuição de ônus e bônus tenha se dado com base no preconceito de outras pessoas ou grupos), a existência de interesse legítimo à distinção, justificando, racionalmente, a necessidade do tratamento positivamente diferente (concretização de promessas constitucionais) em razão da falta de acesso efetivo aos mecanismos próprios do majoritarismo (ou aos bens dele resultantes).

5.2 Limites ao uso da exceção pela jurisdição constitucional

Como toda exceção, a criação de direito geral e abstrato fora dos expedientes próprios da democracia deliberativa deve ser tratada restritivamente, sob o risco de subversão do arranjo da separação de Poderes em sua essência (permitindo o surgimento de *superpoder* – seja o Executivo, seja, na contemporaneidade, o Judiciário). Nesse sentido, pensamos ser possível estabelecer algumas pré-condições.

Em primeiro lugar, essa modalidade de ativismo deve restringir-se às hipóteses de mau funcionamento do processo democrático, como quando “se criam obstáculos diretos ou indiretos ao regular andamento das eleições e fiel observância dos seus resultados”⁷⁴⁸, certos grupos não estejam conseguindo obter efetiva audiência no processo legislativo, e “determinadas categorias de cidadãos não estejam recebendo igual consideração e respeito por parte do Estado”⁷⁴⁹ – situações que retiram a presunção de regularidade das decisões sobre *direitos*.

747 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, tese de doutorado, 2006, 358 p.

748 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 321.

749 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 321.

Nessa avaliação, deve o Judiciário, ao debater as precondições da democracia deliberativa (igualdade política, liberdade de consciência, liberdade de voz etc.), evitar promover incursões teóricas profundas, generalizantes e, especialmente, repentinas, adotando a cautela dos *passos intermediários*⁷⁵⁰ (algo que se conforma com a condição institucional desse Poder, que, na cúpula, tem número reduzido de integrantes e pouca permeabilidade à pluralidade de perspectivas), como, *verbi gratia*, a circunscrição dos efeitos da decisão ao processo inter-subjetivo⁷⁵¹ e a comunicação ao Executivo e ao Legislativo a existência de *non liquet* geral e abstrato inconstitucional (providências que não constituem novidade alguma, mas que, adotadas, contribuem decisivamente para evitar o esvaziamento do diálogo público nos fóruns apropriados). Ultrapassados esses passos, deve intervir com “considerável certeza dos méritos da sua decisão [...]. Se os juízes são capazes de concordar com uma teoria abstrata, e se ela pode ser demonstrada como uma boa teoria, sua aceitação dificilmente causa embaraço, pelo contrário, esta é uma ocasião para celebração [...]”⁷⁵².

Feita a tentativa de correção de rumos mediante constrangimentos institucionais, com o propósito de (re)instaurar o diálogo interinstitucional – para o que a jurisdição em sua feição contramajoritária participativa se revela essencial –, deve-se avaliar, substancialmente, *se a não realização do direito ou proteção coloca em risco a existência ou a digna continuidade da comunidade identificada como minoria*.

750 De acordo com Guilherme Soares, “a discussão recente sobre o aborto no Brasil fornece um bom exemplo aqui. Um tribunal pode decidir que a proibição do aborto de um feto anencéfalo é inconstitucional, sem precisar decidir se as mulheres têm um direito fundamental a escolher autonomamente manter ou interromper uma gravidez. Da mesma forma, o tribunal pode julgar constitucional essa proibição sem decidir a questão mais profunda a respeito da existência ou não de um direito fundamental do feto, ou se o feto tem ou não o *status* de pessoa”. (SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo*: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, tese de doutorado, 2006, 358 p.).

751 “Se os juízes constitucionais evitam decisões de largo alcance, então os perdedores em casos particulares perdem muito menos. [...] A função judicial passa a ser inclusiva, pois os que perdem mantêm a esperança de que suas convicções possam prevalecer noutra ocasião.” (SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo*: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (Tese de Doutorado), 2006, 358 p.).

752 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo*: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (Tese de Doutorado), 2006, 358 p.

Se a resposta for negativa, e racionalmente legitimada a distinção em favor da minoria, o Judiciário poderá fazer mais do que fomentar a regularidade do processo democrático: poderá confrontar substancialmente o ato ou a lei discriminatório ou, conforme o caso, sanar a omissão que não leve em conta a diferença, a diversidade e a pluralidade (valores, em especial esse último, que deveriam ser protegidos pelo majoritarismo), elementos fundamentais à democracia, fazendo-o por meio da construção, com generalidade e abstração, do direito fundamental necessário a corrigir a disfunção.

Nesse lavor, entendemos, porém, não ser possível ao Judiciário produzir direito que não tenha a maioria criado para si própria, isto é, não poderá procurar “direitos nas sombras”⁷⁵³ (o que, especialmente no caso brasileiro, não faz sentido, dada a nossa amplíssima *cobertura constitucional*). Ademais, deverá evitar construções que encerrem ou impeçam o diálogo e o debate legislativo, vale dizer, as soluções devem ser *provisórias*. Isso porque o Judiciário tem uma valência em matéria de proteção às minorias que, em termos de produção de normas gerais e abstratas, configura uma desvantagem: diversamente dos Poderes Executivo e Legislativo, pode ser demandado por uma única pessoa. Se isso põe em relevo a importância da função contramajoritária da jurisdição, dando consequência às vozes marginalizadas, revela as deficiências de audiência e intervenção plural na formação do convencimento e tomada de posição.

5.3 As “minorias” protegidas pelas normas judicadas do Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 11, na Súmula Vinculante nº 13, no Mandado de Injunção nº 670-ES, na ADPF nº 54-DF, na Petição nº 3.388-RR e na ADI nº 4.277-DF e APDF nº 132-RJ

De tudo quanto exposto, nos limitaremos, para a análise da legitimidade da construção de normas gerais e abstratas resultantes da Súmula Vinculante nº 11, da Súmula Vinculante nº 13, do Mandado de Injunção nº 670-ES, da ADPF nº 54-DF, da Petição nº 3.388-RR e da ADI nº 4.277-DF e APDF nº 132-RJ, a perguntar: *detidos* em operações policiais; a *sociedade brasileira* em sua inteireza; *mulheres gestantes*

⁷⁵³ Cf., sobre o tema, SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

em relação a fetos anencefálicos; *proprietários de terras rurais* relativamente a indígenas e *servidores públicos* podem ser considerados *minorias*, merecendo a mais agressiva e excepcional proteção possível ao ativismo judicial?

Estamos em que não.

E os *homossexuais*, para a providência adotada na ADI nº 4.277-DF e na ADPF nº 132-RJ? Precisamos, aqui, incorrer em algumas digressões. Diversamente do que se passa nos Estados Unidos, em que a comunidade *gay* não constitui, como regra, uma *classe suspeita*, entendemos que, no Brasil, há, sim, razão para considerá-la uma *minoria* (existe entre nós um tratamento discriminatório negativo em desfavor dos homossexuais que viola o preceito dworkiano da *igual consideração e respeito*). Se pode esse grupo social ser considerado minoria, podemos entender que a reforma tanto da lei (o Código Civil), quanto, mais relevante, da Constituição – necessária a permitir o casamento e as uniões estáveis *homoafetivas* –, estava a reclamar efetiva audiência dessa *voz marginal* no âmbito do processo legislativo, a fim de dar normatividade, contra a própria Constituição, aos princípios da *liberdade e igualdade*. O procedimento, no entanto, achava-se politicamente *embargado* pelo desacordo no Parlamento, merecendo a atenção da jurisdição constitucional.

Aqui ingressa relevante diferenciação entre nossa Constituição e a Carta norte-americana. No plano dessa, mais aberta e principiológica, seria possível ao Judiciário fazer deduzir do texto constitucional um direito fundamental ao casamento, especialmente se conjugadas, como fundamento, as cláusulas do *devido processo legal substantivo* e da *igual proteção*. À luz, no entanto, de nosso detalhado documento constitucional, que avançou, a aproximar-se do terreno dos *atos sociais*, sobre o **direito de família** (o mais sociológico dos ramos do direito civil), o primeiro obstáculo residia no próprio texto formal, que encerra (ou encerrava?) uma *escolha constitucional primeva* (moralmente conservadora, mas em tudo conforme à *história e tradição* dos institutos do direito de família). Podia ser modificada a Constituição, em razão de uma fundada demanda dessa minoria (baseando-se na necessidade de materialização dos princípios da liberdade e igualdade)? Sim, mas pela ação constituinte-reformadora do Parlamento. Poderia tê-lo feito o Judiciário? Parece-nos que não. Antes da decisão nos autos da ADI nº 4.277-DF, Eduardo Appio escreveu: “Por meio de

ação direta de inconstitucionalidade por omissão o STF poderá (i) declarar a existência do direito ao casamento *gay*, a partir da proteção da liberdade e da própria interpretação do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição e 1988 [...] e, ao mesmo tempo (ii) declarar a ‘mora legislativa’ em desfavor do Congresso Nacional, sem que, contudo, regule o exercício desse direito de forma prospectiva (função política do Congresso)”⁷⁵⁴.

De fato, admitir que o Supremo Tribunal Federal possa rever a escolha do constituinte originário equivale a reconhecer-lhe o poder de controlar a constitucionalidade de norma constitucional originária ou, conforme o ângulo pelo qual se olhe, outorgar-lhe a condição de *poder constituinte reformador*, o que, no caso, efetivamente ocorreu.

A partir desse ponto, Eduardo Appio desenvolveu o argumento no sentido de que, não com base no princípio da igualdade, mas no da *liberdade* – que não poderia ter sido constrangido sequer pelo constituinte originário, porquanto isso importaria em entender que os cidadãos, genericamente considerados, não poderiam estabelecer livremente “relações jurídicas de natureza estritamente sentimental”⁷⁵⁵, e que determinadas categorias deles poderiam, inclusive, ter cerceada sua plena consideração como “seres humanos”, por serem “legitimamente” impedidos de fruir do mesmo *status* jurídico que os demais –, o direito ao casamento homossexual poderia ser *reconhecido* (embora não implementado ou regulado, tarefa parlamentar) judicialmente. Concordamos com o argumento, porquanto a consequência dele é o estímulo ao salutar debate aberto e público de reforma do texto constitucional no âmbito do Congresso Nacional, detentor do poder de reformar a Constituição.

A propósito da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277-DF, sistematizamos três óbices⁷⁵⁶: (i) os institutos da *união estável* e do *casamento* possuem (na verdade, possuíam) uma *história* e uma *tradição sociocultural* que, em face de sua positividade jurídica

754 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 376-377.

755 APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 377.

756 De alguma maneira já apontados no subitem 3.3.2 (“O paroxismo da interpretação constitucional no constitucionalismo: a substituição de valores” no julgamento da ADI nº 4.277-DF e da APDF nº 132-RJ (um *Supremo Tribunal Reformador*”) deste Capítulo.

(previsão em texto normativo), não poderiam ser alteradas por decisão judicial (concreta ou abstrata). Com efeito, a liberdade de elaboração de normas não autoriza o intérprete a ultrapassar o âmbito do sentido linguisticamente possível nem, obviamente, a *desconstruir* o texto, que é, em si mesmo, portador de significado (funcionando como *ponto de partida* e critério de avaliação da correção da interpretação); (ii) não podia a Corte sindicalizar norma constitucional originária, o que, aliás, já decidira o Ministro Celso de Mello ao julgar monocraticamente a ADI nº 3.300-DF:

União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1.723 do novo Código Civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. **Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (CF, art. 226, § 3º, no caso).** Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF⁷⁵⁷ (Os destaques não pertencem ao original).

757 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3.300-DF*. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. Julgada em 3 de fevereiro de 2006. Publicada no DJ de 9 de fevereiro de 2006, p. 00006, na RTJ Vol. 00200-01, p. 00271, na RDDP nº 37, 2006, p. 174-176, na RCJ v. 20, nº 128, 2006, p. 53-60 e na RSJADV jul., 2007, p. 44-46.

Colhemos da decisão monocrática: "A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo – que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar; das uniões homoafetivas – buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, 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' (grifei).

[...]

Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art.

Por fim, e considerando que a Constituição e o Código Civil não negavam proteção jurídica aos núcleos familiares homoafetivos, mas

226 da Constituição da República.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição: ‘- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precisamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido.’ (RT) 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei).

Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento - impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias - reflete-se, por igual, no magistério da doutrina [...].

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar; de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas [...].

“apenas” excluía dos homossexuais o acesso aos *mecanismos de formação* da família consistentes no *casamento* e na *união estável* (restritos

Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (*‘União Homossexual: O Preconceito & a Justiça’*, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: ‘A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas – como já fez a maioria dos países do mundo civilizado –, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...) (grifei)

Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: ‘Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de

aos heterossexuais), pensamos que, ademais dos óbices (i) e (ii), a não materialização do direito ao casamento *gay* (iii) não punha em risco a existência ou a digna continuidade da comunidade homossexual, que poderia aguardar pela alteração formal da Constituição, contando, para tanto, com o forte apoio da jurisdição constitucional (em sua feição contramajoritária) para ver sua audiência no âmbito do processo deliberativo democrático tornada efetiva.

inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.' (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil – grifei)' (...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.' (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira – grifei).

Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, 'in abstracto' – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas."

CONSIDERAÇÕES FINAIS – *Quis custodiet ipsos custodes?* A função da democracia representativa

“A little fire is quickly troddedout, / Which, being suffered, rivers cannot quench.”⁷⁵⁸

W. Shakespeare

“The Rights of Man are the rights of all generations of men, and cannot be monopolized by any.”⁷⁵⁹

Thomas Paine

Não estou certo⁷⁶⁰ de, ao incursionar pelo tema deste trabalho, ter me atentado à advertência de Horácio: *“sumite materiam vestris qui scribitis aequam, viribus”*⁷⁶¹. Realmente, embora tenha procurado, ao longo de todo o texto, *persuadir* que, como regra, é ilegítima (tema relativo à *autoridade*) e injustificável (questão pertinente à *necessidade*) a violação ao núcleo mais íntimo e irredutível da separação de Poderes e ao princípio majoritário pela jurisdição constitucional na criação de direito geral e abstrato, tenho dúvida de que o tenha feito não apenas de forma clara, mas também consistente.

Por essa razão, tentarei utilizar essa conclusão para, valendo-me de argumentos (por vezes excertos) lançados ao longo do texto, atender à primeira premissa (a segunda, se não consegui satisfazê-la em tantas páginas, tenho de dar a tarefa por preclusa).

1. A hermenêutica do *giro linguístico*, estribada na liberdade *existencial* do sujeito e em sua positiva capacidade criadora de sentido, pôde prosperar, no plano jurídico-constitucional, em virtude do entendimento, hoje bastante difundido, de que a ordem da Constituição não

758 “Um pequeno fogo, que se apaga com facilidade, / Quando tolerado, nem por rios se deixa extinguir.” (Tradução livre).

759 “Os Direitos do Homem são direitos de todas as gerações de homens e não podem ser monopolizados por alguns.” (Tradução livre).

760 Nesta conclusão, permito-me, modestamente, conjugar os verbos em primeira pessoa do singular.

761 “Vós, que escreveis, escolhei um assunto correspondente às vossas forças.”

constitui um dado supra-histórico, fora da existência e experiência humanas, devendo a interpretação, nesse sentido, basear-se não apenas na literalidade do texto escrito (do qual deve, de todo modo, partir, tendo de respeitar os limites por ele impostos), mas, principalmente, nos princípios constitucionais (estruturalmente diferentes das regras) e na compreensão de que aquele *documento* é a ordem normativa fundamental, determinante de preceitos essenciais a uma efetiva democracia.

Foi, como se vê, por via dessa compreensão das potencialidades da hermenêutica que a jurisdição constitucional se robusteceu, especialmente mediante o *criacionismo jurisprudencial*, que buscou, por meio da intervenção do Poder Judiciário na vida pública e civil, dar um conteúdo básico, mas efetivo e denso, às *abertas, polissêmicas e principiológicas* normas constitucionais, garantindo-lhes efetividade.

2. O arranjo da separação de Poderes, em sua concepção originária, jamais pôde ser entendido como obstáculo ao caráter participativo do Judiciário na definição do conteúdo e contornos da norma jurídica (de qualquer natureza ou hierarquia), porquanto o seu propósito primeiro, entre os ingleses, consistia menos em atribuir a determinados órgãos ou setores do Estado funções exclusivas ou privativas (esse seria o *meio*) e mais em evitar o abuso do poder estatal (esse seria o *fim*), por meio de controles recíprocos (evitando o surgimento de um *superpoder*).

3. No campo do Direito, porém, a hermenêutica passou por períodos de *vedaço*, justificada com arrimo numa pretensa completude da legislação (especialmente a codificada), decorrência da vontade de dominação linguística do Estado moderno-liberal (como estratégia de pacificação de conflitos, respeito às liberdades individuais e promoção de estabilidade em benefício dos nascentes mercados em busca consolidação) contra a discricionariedade da magistratura (que produzia julgamentos tão disformes, quanto díspares em conclusões e fundamentos).

Nesse cenário, o Poder Executivo ficava restrito à solução dos casos concretos mediante aplicação dos critérios previamente estabelecidos em lei, incumbindo ao Judiciário zelar pela boa aplicação, em situações litigiosas, das fórmulas *descobertas* ou *racionalizadas* pelo

legislativo. Realmente, vocacionada a lei, segundo concepção daqueles *tempos de luzes*, para uma *única interpretação correta*, o juiz deveria operar, na conhecida manifestação de Montesquieu, como a sua *boca*, impondo-a às partes sem no conteúdo dela interferir.

O certo é que, no contexto do nascente Estado moderno (um Estado, num primeiro momento, liberal e racional), o pronunciamento normativo do Parlamento, por via da edição da lei formal, pretendeu *calar* o processo interpretativo (e, também, a argumentação retórica), convertendo o magistrado num autômato dedicado a fazer subsumir os casos concretos às fórmulas legislativas.

4. A realidade, no entanto, se impôs em toda a sua complexidade, revelando a inaptidão do Legislativo para dar respostas prontas e efetivas às demandas sociais. O Estado, de desejavelmente absentéista, revelou-se inoperante, o que contribuiu para o desencadeamento das chamadas *Revoluções Sociais*.

O Poder Executivo foi o primeiro a intervir, baseando sua ação normativa extraordinária e emergencial no postulado segundo o qual *a necessidade não conhece princípio*. A intervenção do Judiciário veio num segundo momento, a convite do caráter principiológico, aberto e polissêmico das normas constitucionais, a reclamarem concretização no plano da subjetividade.

De fato, a insustentabilidade da concepção positivista e essencialista do direito correu junto com a constatação de que as palavras, por mais bem arrançadas que se encontrem no texto legislativo ou constitucional, não reúnem condições de aprisionar a realidade nem de dar expressão definitiva a valores socioeconômicos, políticos e culturais. Disso decorreu a aceitação de que a interpretação operativa é essencial à compreensão e materialização do direito como instrumento de conformação social.

A tessitura própria das normas constitucionais não podia constituir, com efeito, em termos de concretização, *locus* de trabalho apenas do legislador, dirigindo-se, antes, aos três poderes estatais: elas informam os Parlamentos ao editar leis, bem como a administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente.

5. O reconhecimento da possibilidade, legitimidade e necessidade da interpretação concretizante do direito dotou o Judiciário de um poder extraordinário, ao permitir a imposição da lei segundo os valores nela consagrados e adequados ao caso concreto (consagração da *visão judicial*), mexendo (a princípio moderadamente) no balaço daquele esquema funcional do poder descrito por Montesquieu.

6. Ocorre que, diversamente do que se esperava, a substituição do *modelo legal-abstrato* característico da Modernidade-liberal pelo molde *jurisprudencial pós-moderno retórico* não modificou a pretensão iluminista de controle interpretativo do Estado (e mesmo de um essencialismo jurídico), operando, antes, um movimento que apenas transferiu o controle (e, por fim, a produção) do conteúdo normativo do Legislativo para o órgão de cúpula do Poder Judiciário. Dito de outro modo: o sistema jurisprudencial da pós-modernidade, embora nascido do reclame da legitimidade e liberdade do sujeito-intérprete e da necessária abertura cognitiva do texto legal, proporcionou um novo *fechamento interpretativo*, baseado na decisão vinculativa e na criação da norma julgada, ferindo de morte o pluralismo político-ideológico-interpretativo que está na essência de uma concepção retórica e cética do direito (ao pretender reduzir ao mínimo as diferentes possibilidades de interpretação por parte das instâncias inferiores do Judiciário).

De todo modo, não se pode recusar que a adoção da *fórmula da jurisprudência* contribuiu para a estabilização de um sistema jurídico que, para legitimar-se socialmente (isto é, junto aos cidadãos portadores de pretensões subjetivas), carecia de *densificações* impossíveis à norma positiva abstratamente considerada (editada pelo Legislativo ou pelo Executivo). Estruturando-se de forma axiomática, com características de generalidade e abstração, a jurisprudência, no mundo civilista, não apenas resolveu um obstáculo *interno* – o *suposto casuismo subjetivista* de sua vinculação aos elementos fáticos do caso concreto decidido, o que se buscou eliminar nas fórmulas sumulares –, mas também outro, *externo*: seu déficit quanto à certeza e previsibilidade. Resolvidas essas insuficiências, restringiu-se, uma vez mais, por meio da verticalização do discurso judicial, a liberdade interpretativa dos tribunais *jurídicos* e dos juízes de primeiro grau.

7. Se o Poder Legislativo havia sido o *superpoder* da Modernidade – posto ocupado, com o advento do Estado de bem-estar social, pelo Poder Executivo –, esse predicado passou a ser detido (o que se mostrou de modo mais sensível nos países cujos sistemas jurídicos se filiam a *civil law*), na pós-modernidade, pelo Poder Judiciário (contrariando, de igual modo, o núcleo irredutível do princípio da separação de poderes), sobretudo em razão da *força vinculante geral assumida pelos precedentes*.

No Brasil, o fenômeno ganhou ainda mais *tônus* com o advento dos institutos da súmula vinculante e os avanços em matéria de objetivação e concretude de processos originalmente subjetivos (como o recurso extraordinário) e abstratos (como o mandado de injunção), que consolidaram o monopólio interpretativo constitucional do Supremo Tribunal Federal e a tese da resposta única do direito, traço tipicamente iluminista. Mesmo após a falência do mito do legislador *onipotente*, a hermenêutica jurídica continuou *enclausurada*, constrictos juízes e tribunais jurídicos por uma sujeição (cada vez mais) hierarquizada à retórica institucionalizada nos *lexemas* produzidos pelo Tribunal Constitucional.

8. Mais recentemente, entre nós, a jurisdição constitucional, por meio de instrumentos novos ou da atualização de outros já clássicos, tem produzido direito *ex novo* (fenômeno que chamamos de *hard construction*), isto é, não resultante de mera concretização de direitos fundamentais e princípios encontrados na Constituição, mas da construção tipicamente majoritária de valores sociais, políticos, econômicos ou culturais. Nesse caso, cumpre investigar se o direito, sendo em si mesmo um instrumento *conformador* – um *constructo* social e cultural resultante da composição de forças reais num dado momento histórico-político –, pode ser formulado num fórum *contramajoritário*, isto é, apenas de modo argumentativo-racional.

Essa uma das modalidades de *ativismo judicial* (ao lado da judicialização da política) que deve merecer a atenção do cidadão interessado na efetiva garantia das liberdades individuais, na preservação da *segurança jurídica* (proporcionada pela estabilidade e previsibilidade legais) e no respeito ao esquema da *divisão de Poderes*, ancestrais arranjos que, inscritos na memória constitucional individual e social, tão bem serviram e ainda servem à proteção contra os arbítrios dos governantes.

9. Neste trabalho, após discorrer sobre o processo tensional de substituição da *revisão judicial* pela *visão judicial*, optei pela leitura combinada de **Jeremy Waldron**, **John Hart Ely** e **Cass Sunstein** para defender que, embora o texto constitucional seja aberto e principiológico, não pode o órgão de cúpula do Poder Judiciário se substituir ao legislador na tarefa de valoração de fatos e axiomatização positiva de valores morais para criar direito genérico, abstrato e vinculante, salvo numa excepcional hipótese: se o fizer para a proteção de minorias sujeitas a grave risco contra a tirania da maioria – isto é, com o objetivo de protegê-las no âmbito do (e contra o) próprio processo democrático representativo.

Em primeiro lugar, entendi, no plano *hermenêutico*, não ser possível conciliar, no instrumento da decisão judicial, as tarefas de garantia de previsibilidade e segurança jurídica (nos moldes da lei formal) e promoção do ideal de justiça. Com efeito, a ampliação da certeza linguístico-discursiva da jurisprudência, exigência de um Estado legalitário, caminha na direção contrária da adequação da decisão às singularidades do caso concreto. Isso porque cada caso desses é singular e irrepetível, exigindo (para atendimento das expectativas dos jurisdicionados) interpretação não apenas da norma, mas também dos elementos fáticos (que podem ser e muitas vezes são erráticos) que o compõem. Por essa razão, compete (ou deveria competir, tarefa que se tem esvaziado) ao magistrado empreender a reconstrução do caso para apenas depois apreciar o ordenamento jurídico em sua inteireza, em busca da norma (e interpretação da norma) mais ajustada às particularidades da lide concreta.

Em segundo lugar, não me parece possa o Poder Judiciário, na figura de seu órgão de cúpula, realizar escolhas *em tese* em matéria de *teoria moral* ou *econômica*. Empreendi a análise desse argumento questionando acerca de *quem decide sobre política* e *direitos* numa democracia deliberativa, tendo buscado persuadir que a condição de *fórum necessário* (senão exclusivo) de *direitos* (ou “princípios”, para usar um vocábulo *dworkiano*) postulada pela jurisdição é não apenas falaciosa-pretensiosa, mas democraticamente perigosa – assumindo, nessa crítica, um ponto de vista consequencialista, por considerar que (i) o direito não é um *em-si* ôntico, mas, sim, retórico⁷⁶²; (ii) não existe

762 Conferir a nota de rodapé nº 583.

a resposta correta, mas apenas respostas aceitáveis (ou *melhores*, na acepção de H-G Gadamer); (iii) divergências teóricas ou práticas, mesmo acerca de moralidade, são normais, esperadas e fecundas numa sociedade democrática plural e cada vez mais multicultural; (iv) desacordos sobre *direitos*, conquanto que não conduzam à eliminação de uma minoria nem lhes comprometam a qualidade de gozo da cidadania, são salutares, na medida em que enriquecem o debate público e fortalecem a própria democracia; (v) não se pode recusar ao *povo* o direito de errar em nome dos duvidosos benefícios securitários provenientes da *palavra derradeira*.

10. Noutro giro, sustentei não haver efetiva e insuperável oposição entre *democracia representativa* e *constitucionalismo* (aqui entendido como *jurisdição constitucional*), em defesa de um modelo que, prestigiando a um só tempo Parlamento e Judiciário, reserve ao *povo* (em torno do qual se organiza a política, se funda a democracia e se consagram os direitos fundamentais) as decisões em matéria de **direito geral e abstrato** e às Cortes um papel funcional de corrigir os rumos do majoritarismo, limitando o *governo de todos*.

Nessa direção, busquei a companhia de Jeremy Waldron, que, mais cético quanto à possibilidade de acordos substantivos numa sociedade plural (que tem na divergência um potencial criativo, segundo Cass Sunstein), entende ser preciso respeitar o que a democracia tem de melhor: a ausência de hierarquia entre os cidadãos (entre os quais se encontram os juízes), que decidem em igualdade de condições os problemas que enfrentam e aos quais se deve garantir a máxima participação. O acordo desejável seria não sobre *conteúdo*, mas sobre *forma*: penhorar a cada indivíduo o mesmo valor na formação da vontade deliberacionista num procedimento justo, que não exclua a avaliação substantiva, mas, por sua correção, angarie adesão e respeito mesmo em relação aos resultados *comuns*, isto é, não consensuais. Esse o fundamento de autoridade e respeitabilidade da decisão (sem desprezo pelo conteúdo, claro) – e não uma suposta neutralidade judicial asséptica e arquimediana.

A isso nos parece importante fazer corresponder, sob o aspecto do comportamento judicial, uma *conduta minimalista*, capaz de auxiliar a democracia de três formas diferentes:

De modo mais evidente, [...] ao deixar a maior parte dos problemas, sobretudo as questões mais controvertidas e fundamentais, para serem resolvidos pelos órgãos de representação política. Decisões minimalistas obviamente ampliam o espaço da reflexão e do debate nos níveis local, estadual e nacional, simplesmente porque elas não excluem decisões subsequentes [...]. Para além disso, quando o minimalismo vem inspirado por uma concepção deliberativa da política, como aqui se pleiteia, ele pode estimular a democracia não somente deixando questões abertas para os fóruns democráticos, mas também, e mais fundamentalmente, fomentando o diálogo e assegurando que certas decisões importantes sejam tomadas por atores democraticamente responsáveis [...]. Devidamente comprometidos, os tribunais podem estimular a deliberação e a responsabilidade democráticas. Os tribunais são capazes de estimular a deliberação ao perquirirem a existência de boas razões subjacentes aos atos que são submetidos à sua fiscalização. Os tribunais são capazes de estimular a responsabilidade democrática ao exigirem que determinadas decisões sejam tomadas, de maneira clara e refletida, pelo ramo do governo que tem o selo da representação e da pluralidade, o Poder Legislativo.⁷⁶³

11. O majoritarismo, porém, deve encontrar limites nas decisões capazes de ameaçar a continuidade do jogo democrático, isto é, que pretendam (direta ou indiretamente) restringir ou abolir direitos de expressão e participação política, excluindo indivíduos ou grupos de indivíduos do processo decisório (afetando o preceito da igualdade de representação expressa no famoso adágio “*one man, one vote*”). E, agregando um vetor de *constitucionalidade* ao modelo, também no atentado (por ação ou omissão) contra direitos representativos de valores indispensáveis à preservação da dignidade humana (especialmente quando pertencentes a minorias).

A jurisdição constitucional, em sua função contramajoritária, deve responder pela imposição desses limites – mas *residualmente* e sem pretensão de *irresistibilidade*, o que trancaria o diálogo. Realmente, considerando, numa perspectiva cética, que o direito é um constructo retórico, elaborado, dentro ou fora do Parlamento, argumentati-

763 SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, tese de doutorado, 2006, 358 p.

vamente, aceitar a troca definitiva de *decisões legislativas* por *decisões judicadas* implicaria – excetuadas as legítimas hipóteses de malversação do procedimento democrático (normação objetivo-negativa) ou de risco contra um de seus elementos constitutivos (normação objetivo-positiva), a *minoría* – recusar a própria democracia.

12. Não vejo motivos, desse modo, para pretender superar a tensão entre *deliberacionismo democrático* e *constitucionalismo*, porquanto a disputa interinstitucional entre essas instâncias pode garantir, afinal de contas – e sem usurpação de poderes do Legislativo –, o máximo de participação, racionalidade, publicidade e imparcialidade: de um lado, a democracia tende, supostamente, a envolver o máximo de agentes possíveis no processo de discussão, contribuindo para o aumento da racionalidade; de outro, o constitucionalismo serve a sindicalizar a regularidade do procedimento (estabelecendo, por exemplo, a necessidade de representação no debate de categorias excluídas pela maioria, de modo a garantir, mais do que *simples* deliberação, *ampla* e *efetiva* deliberação).

Com isso, fica não vetado, mas, antes, incentivado, o diálogo interinstitucional. E mais: embora com preponderância do Legislativo na formulação de políticas e direitos, não fica o Judiciário demitido da função contramajoritária nem hipertrofiado por interpretar *abstrata* e *substantivamente* a Constituição em todos os casos de direitos fundamentais. Essa é uma leitura democrática e colaborativa do arranjo da separação de Poderes.

O problema parece ser mais fundamental: talvez não esteja na tendência de [o Legislativo] tomar decisões politicamente controversas sem explicar os motivos ao povo, mas sim, na tendência de *não tomar* decisões politicamente controversas – e deixá-las, em vez disso, a cargo de outros, em sua maioria pessoas que não são nem eleitas nem controladas de modo eficaz pelas que são eleitas. Se conseguirmos fazer com que nossos legisladores efetivamente legissem, teremos uma compreensão bem clara de seus objetivos. Não estou afirmando que com isso não teremos mais um bom número de palhaços no Congresso; mas pelo menos poderemos dizer que, se os legisladores são palhaços, é isso que merecemos.⁷⁶⁴

764 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 179.

13. Eis a leitura procedimentalista que adotei e que *implica*, primeiro, o asseguramento a todos, especialmente às minorias, do direito de participar do debate político; num segundo plano, numa guinada substancialista residual (e excepcional), a garantia de que as minorias não serão tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma.

Penso, com efeito, ser tarefa da lei (ou, em sua falta, da decisão judicial) **declarar** (ou **estabelecer**, no caso do provimento jurisdicional), em benefício de determinada classe de indivíduos (aliados do processo democrático ou nele sub-representados e em relação aos quais a distribuição de ônus e bônus tenha se dado com base no preconceito de outras pessoas ou grupos), a existência de *interesse legítimo à distinção*, justificando, racionalmente, a necessidade do tratamento positivamente diferente (concretização de promessas constitucionais) em razão da falta de acesso efetivo aos mecanismos próprios do majoritarismo (ou aos bens dele resultantes).

14. No limite, se a não realização do direito ou proteção colocar em risco a existência ou a digna continuidade da comunidade identificada como *minoría*, poderá o Judiciário, mais do que fomentar a regularidade do processo democrático, confrontar substancialmente o ato ou a lei discriminatório ou, conforme o caso, sanar a omissão que não leve em conta a diferença, a diversidade e a pluralidade (valores, em especial esse último, que deveriam ser protegidos pelo majoritarismo), elementos fundamentais à democracia, fazendo-o por meio da construção, com generalidade e abstração, do direito fundamental necessário a corrigir a disfunção.

Nesse lavor, entendo, porém, não ser possível ao Judiciário produzir para uma minoria direito que não tenha a maioria criado para si própria (o que, especialmente no caso brasileiro, não faz sentido, dada a nossa amplíssima *cobertura constitucional*); além disso, deve a jurisdição evitar construções que encerrem ou impeçam o diálogo e o debate legislativo.

Isso porque o Judiciário tem uma valência em matéria de proteção às minorias que, em termos de produção de normas gerais e abstratas, configura uma desvantagem: diversamente dos Poderes Executivo e Legislativo, pode ser demandado por uma única pessoa.

Se isso põe em relevo a importância da função contramajoritária da jurisdição, dando consequência às vozes marginalizadas, revela suas deficiências em matéria de audiência e intervenção plural na formação do convencimento e tomada de posição.

15. Finalmente: o propósito nuclear deste texto consistiu em persuadir que não pode o Judiciário substituir-se à regra da maioria *nem* deter o acesso do povo ao primeiro recurso institucional disponível para fazer valer a sua vontade: o processo legislativo – garantida, quando for o caso, ação judicial destinada a *destrancá-lo*. Se essa vontade se dirigir à modificação de dada interpretação judicial, o mínimo que se pode esperar é a revisão do entendimento⁷⁶⁵ que estabelece a *inimpugnabilidade* das súmulas de jurisprudência, para que o diálogo hermenêutico não se encerre na palavra última da Corte constitucional.

Realmente, a despeito do elevado valor de princípios como *segurança, previsibilidade e estabilidade* jurídicas, atualmente incorporados pela jurisprudência (na contramão de uma hermenêutica lógica e ontologicamente cambiante), não pode o *povo* ficar sujeito ao congelamento e à esclerose de interpretações fixadas pelo Tribunal constitucional; antes, deve ser-lhe assegurada a possibilidade de, por meio do *procedimento democrático-deliberativo* (respeitados os limites impostos pela *coisa julgada*, pelo texto da Constituição e, claro, pela própria democracia), dar forma e substância à sua *visão constitucional*.

[...] é necessário encontrar mecanismos que viabilizem a atualização e a renovação da jurisprudência constitucional, com a finalidade de permitir a adaptação da ordem constitucional aos novos tempos.⁷⁶⁶

765 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 544-SC*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgada em 1º de abril de 2004. Publicada no DJ de 30 de abril de 2004, p. 00027, Ementário Vol. 02149-01, p. 00031, e na RTJ Vol. 00191-03, p. 00773 (precedente citado na nota de rodapé nº 520).

766 STIELFELMANN, Roger Leal. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 173.

REFERÊNCIAS

“Construir livros sem ciência e arte não será o mesmo que erguer uma muralha sem pedra, ou outra coisa semelhante?”

M. Montaigne

AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable: la justification em droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. (Acervo particular*⁷⁶⁷).

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. (Biblioteca do Senado Federal).

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Acervo particular).

ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: philosophical foundations*. (ALEXANDER, Larry Editor). Cambridge: Cambridge University Press. (Acervo particular).

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. (Acervo particular).

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (Acervo particular*).

767 As obras assinaladas com asterisco foram tomadas de empréstimo junto a coleções particulares alheias.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. In.: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002. (Acervo particular).

_____. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. Universidad Nacional Autónoma de México p. 1-18, s/d. (Acervo particular).

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. (Biblioteca do Senado Federal).

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis*. In.: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 868, 2008, p. 53-68. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Medida provisória e a sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 42, nº 168, out.-dez. de 2005, p. 7-17. (Acervo particular).

_____. *Conversão em lei de medidas provisórias anteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/Art_Levi.htm>. Acesso em: 9 maio de 2011.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 1992. (Biblioteca do Senado Federal).

APPIO, Eduardo. *Direitos das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca do Senado Federal).

ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Edipro, 2006. (Acervo particular).

_____. *A política*. Bauru: Edipro, 1995. (Acervo particular).

_____. *Sobre la interpretación*. Vol. II. Madrid: Biblioteca Clássica Gredos, 1988. (Acervo particular).

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. (Biblioteca do Senado Federal).

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. (Acervo particular).

ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Um panorama histórico da Corte Suprema americana*. Paper, 39 p. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/suprema-corte-EUA-Thiago.doc>. Acesso em: 11 de abr. de 2013.

BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr. in action, in archives, in history*. St. John's University School of Law, New York City. Disponível em: <<http://www.stjohns.edu/media/3/fb29f4a2aa0c4dd391ec8a3b2ed-c452c.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas provisórias? In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 53, 233-247, jun. 2000, p. 67-82. (Acervo particular).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso: em 24 de junho de 2013.

BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá, 2011. (Biblioteca do Senado Federal).

BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955. (Biblioteca do Senado Federal).

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. (Acervo particular*).

BLAKE, Wiliam. *The Mental Traveller*. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/235/134.html>>. Acesso em: 30 de dezembro de 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1997. (Acervo particular).

_____; MATEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* (2 Vol.). Trad. Carmen C. Varriale *et alii*. 8ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. (Acervo particular).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. (Acervo particular).

_____. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2005. (Acervo particular).

BORN, Hans. My father. In.: ROZENTAL, E. *Niels Bohr: His Life and Work As Seen by His Friends and Colleagues*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 1967. (Acervo pessoal).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. In.: FELLETT *et alii* (Editores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2011, p. 387-402. (Acervo particular).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 544-SC*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgada em 1º de abril de 2004. Publicada no DJ de 30 de abril de 2004, p. 00027, Ementário Vol. 02149-01, p. 00031, e na RTJ Vol. 00191-03, p. 00773.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.019*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Jul-

gada em 2 de agosto de 2001. Publicada no de 21 de junho de 2002, p. 00095, Ementário Vol. 02074-01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367/DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgada em 13 de abril de 2005. Publicada no DJ de 17 de março de 2006, p. 00004, Ementário Vol. 02225-01, p. 00182, republicada no DJ de 22 de setembro de 2006, p. 00029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198, divulgado em 13 de outubro de 2011, no Ementário Vol. 02607-03, p. 00341, e na RTJ Vol. 00219, p. 00212.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira (AgR/SE) nº 5206-Espanha*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 de dezembro de 2001. Publicado no DJ 30 de abril de 2004, p. 00029, Ementário Vol. 02149-06, p. 00958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. Publicada no DJe-080 em 30 de abril de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132-RJ*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgada em 5 de maio de 2011. Publicada no DJe-198 de 14 de outubro de 2011, e no Ementário Vol. 02607-01, p. 00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal (IF) nº 164-SP*. Tribunal Pleno. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 13 de dezembro de 2003. Publicada no DJ de 14 de novembro de 2003, p. 00014, Ementário Vol. 02132-01, p. 0001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 20-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 de maio de 1994. Publicado no DJ de 22 de novembro de 1996, p. 45690, Ementário Vol. 01851-01, p. 00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 670-ES*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Maurício Corrêa. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206, em 31 de outubro 2008, e na RTJ Vol. 00207-01, p. 00011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 708-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206, em 31 de outubro 2008, no Ementário Vol. 02339-02, p. 00207, e na RTJ Vol. 00207-02, p. 00471.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção (MI) nº 712-PA*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 25 de outubro de 2007. Publicado no DJe-206, em 31 de outubro 2008, e no Ementário Vol. 02339-03, p. 00384.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 293-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Publicada no DJ de 16 de abril de 1993, p. 06429, Ementário Vol. 01699-01, p. 9.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 3.300-DF*. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. Julgada em 3 de fevereiro de 2006. Publicada no DJ de 9 de fevereiro de 2006, p. 00006, na RTJ Vol. 00200-01, p. 00271, na RDDP nº 37, 2006, p. 174-176, na RCJ v. 20, nº 128, 2006, p. 53-60 e na RSJADV jul., 2007, p. 44-46.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Recurso Extraordinário (MC-RE) nº 376.852-SC*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 27 de março de 2003. Publicada no DJ de 13 de junho de 2003, p. 11, Ementário Vol. 2114-05, p. 00853.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição (PET) nº 3.388-RR*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto. Julgada em 19 de março de 2009. Publicada no DJe-181 de 25 de setembro de 2009, republicada no DJe-120 de 1º de julho de 2010, Ementário Vol. 02408-02, p. 00229. Publicada na RTJ Vol. 0212, p. 00049.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Mandado de Injunção (QO/MI) nº 107-DF*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Julgada em 23 de novembro de 1989. Publicada no DJ de 21 de setembro de 1990, p. 09782, Ementário Vol. 01595-01, p. 00001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Mandado de Injunção (QO/MI) nº 712-PA*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgada em 15 de outubro de 2007. Publicada no DJe-147 de 23 de novembro de 2007, no DJ de 23 de novembro de 2007, p. 00030, Ementário Vol. 02300-01, p. 00010, e na RTJ Vol. 00205-03, p. 01029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação (RCL) nº 2.256-RN*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgada em 11 de setembro de 2003. Publicada no DJ de 30 de abril de 2004, Ementário Vol. 02149-04, p. 00637.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 239.286-PR*. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello. Julgada em 9 de novembro de 1999. Publicada no DJ de 18 de novembro de 1999, p. 00051.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 400*. Tribunal Pleno. Aprovada em 3 de abril de 1964. Publicada no DJ de 8 de maio de 1964, p. 1239, no DJ de 11 de maio de 1964, p. 1255, e no DJ de 12 de maio de 1964, p. 1279.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 11*. Tribunal Pleno. Aprovada na Sessão Plenária de 13 de agosto de 2008. Publicada no DJe nº 157, de 22 de agosto de 2008, p. 1, e no DOU de 22 de agosto de 2008, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. Tribunal Pleno. Aprovada na Sessão Plenária de 21 de agosto de 2008. Publicada no DJe nº 162, de 29 de agosto de 2008, p. 1, e no DOU de 29 de agosto de 2008, p. 1.

BUZAID, Alfredo. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1989. (Biblioteca do Senado Federal).

BUZANELLO, José Carlos & Buzanello, Grazielle Mariete. Exequibilidade da súmula vinculante. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr.-jun. de 2007, Ano 44, nº 174, p. 25-33. (Acervo particular).

CALMON DE PASSOS, J. J. Súmulas vinculantes. In.: *Gênese Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 6, p. 625-638, set.-dez., 1997. (Acervo particular).

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. (Acervo particular).

CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do Novo Estado Brasileiro. In.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 73:229. (Biblioteca do Senado Federal).

CAMPOS, Milton & CARNEIRO, Nelson. *Estudo sobre o funcionamento dos parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal Alemã, França, Itália, Estados Unidos, México e Peru*. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1966. (Biblioteca do Senado Federal).

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 25. (Acervo particular).

CANON, Bradley C. Judicial activism. In.: *Judicature*. Volume 66, number 6, December-january, 1983, p. 236-247. (Acervo particular).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. (Acervo particular).

_____. *Jurisdição constitucional e novas intranqüilidades discursivas: do melhor método à melhor teoria*. Lisboa: Revista Fundamentos, s/d. (Acervo particular).

Brançosos e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. (Acervo particular).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. (Acervo particular).

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. (Acervo particular).

CIANCIARDO, Juan. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003. (Acervo particular).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. In.: *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. Coordenadores Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006. (Biblioteca do Senado Federal).

COELHO, Inocêncio M. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, vol. 35, nº 137, p. 157-164, jan.-mar. de 1998. (Acervo particular).

_____. *et alii. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. (Acervo particular).

_____. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997. (Acervo particular).

_____. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 34 nº 134 abr.-jun. de 1997, p. 99-106. (Acervo particular).

_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. In.: *Notícia do Direito Brasileiro: Nova Série*, nº 5, p. 77-90, jan.-jun., 1998. (Acervo particular).

_____. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In.: *Direito Público* nº 1, jul.-ago.-set. de 2003, p. 56-82. (Acervo particular).

_____. Ativismo ou criação judicial do direito? Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em 25 de julho de 2013.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan.-mar. de 2012, Ano 49, nº 193, p. 7-20. (Acervo particular).

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Brasília: Universidade de Brasília (tese de doutorado), 2008, 422 p. (Acervo particular).

DANTAS, Bruno. Reflexões sobre a súmula vinculante. In.: DANTAS, Bruno *et alii*. (Organizadores). *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois* (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 11-31. (Acervo particular).

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Biblioteca do Senado Federal).

DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1991. (Biblioteca do Senado Federal).

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956 (Acervo particular).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. (Biblioteca do Senado Federal).

DUGUIT, Leon Pierre Marie Nicolas. *Traité de droit constitutionnel*. 3ª ed. 4 Vol. (Vol. III), Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. (Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça).

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª ed., 4 Vol., Vol. IV, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1924, p. 732. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. (Acervo particular*).

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. (Acervo particular*).

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Acervo particular).

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Acervo particular).

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Acervo particular*).

EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007. (Acervo particular).

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *On constitutional ground*. New Jersey: Princeton University Press, 1996 (Acervo particular*).

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968. (Biblioteca do Senado Federal).

ESKRIDGE, William N. & FRICKEY, Philip P. *Cases and materials on legislation: statutes and the creation of public policy*. Saint Paul: Thomson West, 2004. (Acervo particular).

FACUNDES, Jair Araújo. *O pluralismo, o Direito e a ayahuasca: Os direitos fundamentais como fator de legitimação do exercício do poder no mundo desencantado*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013 (dissertação de mestrado), 134 p. (Acervo particular).

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. (Acervo particular).

FARIAS, Paulo José Leite. *A dimensão comunicativa da suprema corte*. In.: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 8, nº 4, out.-dez. 1996, p. 73-105. (Acervo particular).

FELLET *et alii* (Editores). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2011. (Biblioteca do Senado Federal).

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Acervo particular*).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Acervo particular*).

_____. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 12-21, s/d. (Acervo particular).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico. In.: *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. (Biblioteca do Senado Federal).

FON, Vincy & PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. In.: *George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=534504>. Acesso em: 15 de agosto de 2013.

FORTE, David F., Org. *The Supreme Court in american politics: judicial activism vs. judicial restraint*. Lexington, Mass (USA): D.C. Heath, 1972. (Acervo particular*).

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001. (Biblioteca do Senado Federal).

GADAMER, Hans-Georg. *Dialogue and dialectic*. Yale: Yale University Press, 1983. (Acervo particular).

_____. *El giro hermeneutico*. Madrid: Catedra, 1995. (Acervo particular*).

_____ & FRUCHON, Pierre. *O problema da consciência histórica*. São Paulo: FGV, 2003. (Acervo particular).

_____. *Truth and method*. Trans. Joel Weinsheimer and Donald Marshall. 2ª Ed. New York: Continuum, 1997. (Acervo particular).

_____. *Verdade e método*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 1997. (Acervo particular).

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. (Acervo particular).

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. (Biblioteca do Senado Federal).

GONÇALVES, Rogério de Melo. Os pressupostos hermenêuticos ontológicos herdegerianos e gadamerianos da contemporânea interpretação constitucional: uma brevíssima exploração dos fundamentos epistemológicos da criação judicial do direito sob o olhar do empirismo lógico. In.: DANTAS, Bruno *et alii*. (Organizadores). *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois*. 5 Vol. (Vol. III). Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 121-186. (Acervo particular).

GOODHART, A. L. Apresentação. In.: SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955. (Acervo particular).

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. Trad. Agostinho D'Ornellas. São Paulo: Martim Claret, 2002. (Acervo particular).

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. (Acervo particular).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. (Acervo particular).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. 1 e 2, 1997. (Biblioteca do Senado Federal).

HAMON, Francis; TROPER, Michel & BURDAU, Georges. *Direito constitucional*. Trad. Carlos de Souza. 27 ed. São Paulo: Manole, 2005. (Biblioteca do Senado Federal).

HAYEK, F. A. Os princípios de uma ordem social liberal. In.: CRESPIGNY, A. & CRONIN, J. (editores). *Ideologias políticas*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999. (Acervo particular).

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978. (Acervo particular).

_____. *Ser e Tempo*. Partes I e II. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000. (Acervo particular).

_____. *Que é metafísica?* Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1969. (Acervo particular).

_____. *A caminho da linguagem*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2004. (Acervo particular).

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. (Biblioteca do Senado Federal).

HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2003. (Acervo particular).

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la *paradoja de la democracia*. In.: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262. (Acervo particular).

HUME, David. *Investigações acerca do entendimento humano*. Tradução integral, notas e glossário de Anoar Aiex. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972. (Acervo particular).

IMWINKELREID, Edward J. *A more modest proposal than “A Common Law for the Age of Statutes”: greater reliance in statutory interpretation on the concept of interpretative intention*. In.: *Albany Law Review*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=684251>>. Acesso em: 15 de agosto de 2013).

JUNG, Carl Gustav. *Aspectos do drama contemporâneo*. Trad. Márcia C. de Sá Cavalcante. 3ª ed. Vozes: Petrópolis, 2007. (Acervo particular).

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. (Acervo particular).

_____. *Princípios metafísicos da ciência da natureza*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990. (Acervo particular).

_____. *Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. (Acervo particular).

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Acervo particular).

_____. A garantia jurisdicional da Constituição. In.: *Direito Público n.º 1*, jul.-ago.-set. de 2003, Trad. Jean François Cleaver, p. 90-130. (Acervo particular).

_____. A garantia jurisdicional da Constituição (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). In.: *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Acervo particular).

_____. *Jurisdição constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Acervo particular).

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Acervo particular).

KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciência*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1961. (Biblioteca da Universidade de Brasília).

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos – uma visão comparativa. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36 n.º 144 out.-dez. de 1999, p. 239-260. (Acervo particular).

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. (Acervo particular*)

JUST, Gustavo. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 42, n.º 165, jan.-mar. de 2005, p. 25-32. (Acervo particular).

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Enrique Gimbernau Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966. (Biblioteca do Senado Federal).

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 (versão digital gratuita disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>).

LEVINSON, Sanford. *Constitutional faith*. Princeton: Princeton University Press, 1988. (Acervo particular*).

_____. *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. (LEVINSON, Sanford Editor). Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995. (Acervo particular).

LINCOLN, Abraham. *First inaugural adress*. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/documents/lincoln1.htm>>. Acesso em: 14 de julho de 2013.

LINDQUIST, Stefanie A. & CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009. (Acervo particular*).

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Acervo particular).

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. (Biblioteca do Supremo Tribunal Federal).

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Dom Casmurro*. Versão digital disponível em: <http://www.ibiblio.org/ml/libri/a/AssisJMM_DomCasmurro/node93.html>. Acesso em: 15 de jun. de 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Acervo particular*).

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da Constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In.: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM (Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341-362. (Biblioteca do Senado Federal).

MARIOSI, Leandro Antunes e CARVALHO NETO, Menelick. Constituição sintética ou analítica? O discurso de salvação mediante novos textos constitucionais como obstáculo à dinâmica da identidade constitucional brasileira. In.: MESSEMBERG, Débora et alii (Organizadores). *Estudos Legislativos: 20 anos da Constituição brasileira*. Brasília: Senado Federal. Câmara dos Deputados, Tribunal de Contas da União, Universidade de Brasília, 2010, p. 336-341. (Acervo particular).

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro de 2000, p. 186-187 (também disponível em: <http://www.novosestudos.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em: 16 de ago.de 2013).

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação dos poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 45, nº 178, abr.-jun. de 2008, p. 195-205. (Acervo particular).

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. (Biblioteca do Senado Federal).

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008 (tese de doutorado), 267 p. (Acervo particular).

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In.: HÄBERLE, 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: Safe, 1997. (Acervo particular).

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. (Acervo particular).

_____. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia

cia & AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.) *Estudos: direito público homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: LexMagister, 2012, p. 185-219. (Acervo particular).

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. (Acervo particular).

MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princenton University Press, 1999. (Acervo particular*).

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. São Paulo: Forense, 2007. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. (Biblioteca do Senado Federal).

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995. (Acervo particular).

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Legislação Suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 2003. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. In.: *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, nº 5, p. 247-253, jan.-dez. 2005. (Biblioteca do Senado Federal).

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Biblioteca do Senado Federal).

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. (Acervo particular*).

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. (Acervo particular).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In.: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães & COPETTI NETO, Alfredo. *Direito & Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. (Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça).

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. (Biblioteca do Senado Federal).

PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr.-jun. de 2007, Ano 44, nº 174, p. 35-47. (Acervo particular).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983. (Biblioteca do Senado Federal).

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. & Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Biblioteca do Senado Federal).

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, jan.-mar. de 2012, Ano 49, nº 193, p. 7-20. (Acervo particular).

PLATÃO. *Cartas*. Lisboa: Editorial Estampa, 1980. (Biblioteca do Senado Federal).

POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo*. In.: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, nº 17, ago.-dez. de 2000. (Biblioteca do Senado Federal).

POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. David Miller, org. São Paulo: Editora PUC Rio, 2010. (Acervo particular*).

POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. (Biblioteca do Tribunal Superior do Trabalho).

QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990. (Biblioteca do Supremo Tribunal Federal).

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Parlamentarização do Supremo*. In.: *Pastas dos Ministros*, Supremo Tribunal Federal, 2009 v. 119 nº 16, 24 de abril. (Biblioteca do Supremo Tribunal Federal).

REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 3 Vol. (Vol. III). São Paulo: Edições Paulinas, 1991. (Acervo particular).

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982. (Acervo particular).

_____. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. (Acervo pessoal).

_____. *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. (Biblioteca da Câmara dos Deputados).

RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: FCE e UNAM, 1971. (Biblioteca da Câmara dos Deputados).

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973. (Biblioteca do Senado Federal).

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. (Acervo particular).

RODRIGUES JÚNIOR, Léo. Autopoiésis e o sistema social de Niklas Luhmann: a propósito de alguns conceitos. In.: *Sociologias*. Porto Alegre: UFRGS. Ano 2, n. 3, jan.-jun. 2000, p. 254-284 (Acervo particular).

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. (Biblioteca do Senado Federal).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 1981. (Acervo particular).

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado: leituras de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. (Biblioteca do Senado Federal).

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Separação dos Poderes: evolução até a Constituição de 1988 – considerações. In.: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 29, nº 115, jul.-set. de 1992, p. 209-218. (Acervo particular).

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997. (Acervo particular).

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica*. Trad. e Apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999. (Acervo particular).

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. (Biblioteca do Senado Federal).

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1955. (Acervo particular).

_____. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993. (Biblioteca do Senado Federal).

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Biblioteca do Senado Federal).

SILVA, Kelly Suzane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000. (Acervo particular).

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In.: *Revista de Direito Administrativo*, nº 250, 2009, p. 197-227. (Acervo particular).

SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétreia dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988*. Florianópolis: Universidade de Santa Catarina (tese de doutorado), 2006, 358 p. (Acervo particular).

SOUSA E BRITO, J. *et alii*. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: 1995. (Biblioteca do Senado Federal).

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. (Biblioteca do Senado Federal).

SOUZA, Cosmo Lima de. Controle de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade. In.: *Jurisdição Constitucional*. MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Brasília: IDP, 2012, p. 175-229. (Biblioteca do Instituto Brasiliense de Direito Público).

SOUZA, Leomar Barros Amorim. *A produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. (Biblioteca do Senado Federal)

STEIN, Ernildo. *Prefácio*. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. (Acervo particular).

STIELFELMANN, Roger Leal. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. (Biblioteca do Senado Federal).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. (Acervo particular). (Acervo particular).

_____. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. (Acervo particular).

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas (da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (Biblioteca do Senado Federal).

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. (Acervo particular).

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. (Biblioteca do Senado Federal).

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Biblioteca da Câmara dos Deputados).

TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985 (Acervo particular).

_____ & DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarflis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. (Biblioteca do Senado Federal).

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. (Acervo Particular).

VIEHVEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964. (Biblioteca do Supremo Tribunal Federal).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In.: *Revista USP*, São Paulo, p. 70-77, s/d. (Acervo particular).

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. (Acervo particular).

VISSCHER, Paul de. *Les nouvelles tendances de la démocratie anglaise: l'expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs*. Paris, Tournai: Casterman, 1947. (Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça).

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999. (Acervo particular).

_____. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Biblioteca do Senado Federal).

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. (Acervo particular).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luís Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: EdUSP, 1994. (Acervo particular).

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston (USA): Rowman & Little Publishers, Inc., 1994. (Acervo particular).

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994. (Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007. (Biblioteca do Senado Federal).

_____. *Del estado de derecho al estado constitucional*. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/cec/.../Zagrebelsky_sesion1.doc>. Acesso em: 1º de agosto de 2013.

ZIETLOW, Rebeca E. The Judicial restraint of the Warren Court (and why it matters). In.: *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, No. 2, 2008, January 23, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=960144>>. Acesso em: 17 de julho de 2013.

Secretaria de Editoração
e Publicações – SEGRAF



SENADO FEDERAL



ISBN: 978-85-7018-903-5



9 788570 189035