



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

GABRIELA COSTA E SILVA

**SUBSTANCIALISMO APLICADO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
POSSIBILIDADES E LIMITES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Salvador
2017

GABRIELA COSTA E SILVA

**SUBSTANCIALISMO APLICADO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
POSSIBILIDADES E LIMITES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior.

Salvador
2017

Costa e Silva, Gabriela
Substancialismo aplicado à Jurisdição Constitucional:
possibilidades e limites de concretização dos direitos
fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro /
Gabriela Costa e Silva. -- Salvador, 2017.
159 f.

Orientador: Dirley da Cunha Júnior.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -
- Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal da
Bahia, 2017.

1. Substancialismo. 2. Procedimentalismo. 3. Direitos
Fundamentais. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Jurisdição
Constitucional. I. da Cunha Júnior, Dirley. II. Título.

GABRIELA COSTA E SILVA

**SUBSTANCIALISMO APLICADO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
POSSIBILIDADES E LIMITES DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Aprovada em 18 de agosto de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior – Orientador
Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (Portugal)
Universidade Federal da Bahia

Prof. Pós-Doutor Ricardo Maurício Freire Soares
Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento (Itália)
Universidade Federal da Bahia

Prof. Pós-Doutor George Sarmiento Lins Júnior
Pós-doutor pela Université D'Aix-Marseille (França)
Universidade Federal de Alagoas

AGRADECIMENTOS

A finalização do Mestrado é o marco de uma trajetória composta de grandes desafios e obstáculos que são paulatinamente superados por aqueles que o encaram. Uma caminhada destas, certamente, não poderia ser traçada de maneira solitária, sem o apoio de uma grande equipe. Por isso, dedico estas palavras inaugurais a todos aqueles que me ajudaram a superar as dificuldades surgidas durante a sua elaboração.

Primeiramente, agradeço a Deus pela oportunidade de ter aberto as portas deste excelente Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste ambiente pude compartilhar do mais profundo conhecimento, de grandes momentos de debate e discussões que colaboraram sobremaneira na formação do pensamento que hoje se apresenta.

Para saudar a instituição e a presteza de seus profissionais, nada mais justo do que agradecer-lhes na ilustre figura do meu orientador, o Professor Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior, que abrilhantou estas palavras com seus valiosos conselhos, compartilhando de seu vasto conhecimento com muita humildade e sabedoria.

Agradeço à colega Jamille Seixas que, desde o princípio, foi meu anjo da guarda em todos os momentos das nossas árduas idas e vindas de Itabuna a Salvador para a participação nas aulas. Além disso, agradeço também ao colega Diogo Barbosa por todas as dicas dadas durante o curso.

Aos meus amigos, gostaria de listá-los um a um, mas como o curto espaço desta folha não permite, limito-me a representá-los na figura de duas grandes amigas que tiveram participação definitiva na concretização deste sonho: a Isabela Alcantara, pelo zelo e carinho com que compartilhou de suas experiências acadêmicas e até mesmo de seu próprio lar, e a Luise Mascarenhas, por todo incentivo e por ter sido aquela que primeiramente me indicou a fazer esta seleção.

Ao Ministério Público do Trabalho, na figura do Procurador Ilan Fonseca de Souza, por agraciar-me com um ambiente de trabalho salutar e sempre aberto as minhas demandas como estudante.

Por fim, e não menos importante, agradeço a minha mais que amada família, que me deu suporte incondicional diante de todas as dificuldades e angústias sentidas durante esses anos de estudo. Paulo, Auxiliadora e Mariana, obrigada pelas lições de amor que todos os dias me oferecem: são elas que me motivam a querer sempre mais evoluir e a acreditar na plenitude do ser humano, semeando a compaixão aonde quer que esteja.

“[...] uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos.”

(Ministro Marco Aurélio – ADI 4277)

RESUMO

A presente dissertação tem por finalidade demonstrar que mesmo em existindo no ordenamento jurídico pátrio vasto rol de direitos fundamentais positivados e instrumentos processuais destinados a sua tutela e fomento, ainda existe na realidade prática vigente grande déficit de concretização desses valores. Essa circunstância é agravada pelo fato de, em determinados casos de complexidade julgados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, muitos desses reclames serem extintos prematuramente ou de maneira não satisfatória em virtude da aplicação de discursos limitativos ligados à aplicação restrita da vertente procedimentalista às atividades da jurisdição constitucional. Sendo assim, será criticada a adoção isolada dessa teoria, uma vez considerado que seu desenvolvimento em outros países está ligado a realidades conjunturais distintas a do Estado brasileiro. Por isso é que seu intuito é o de indicar que a adoção complementar do substancialismo visa a equilibrar as necessidades da realidade concreta aos anseios dispostos vinculativamente pela Constituição Federal. Assim, apontam-se métodos de aplicação e interpretação constitucionais que visam a potencializar as normas de direito fundamental, sem que os resultados produzidos pelo processo constitucional possam ser considerados como atividades de natureza política ou arbitrariamente invasivas face às atribuições institucionais de outras instâncias de Poder. Formulado em cinco capítulos, o estudo apresentará em primeiro plano, as justificativas dogmáticas que o fundamentam, mormente os fenômenos do pós-positivismo jurídico e do neoconstitucionalismo. Após o desenvolvimento e encadeamento das ideias de diversos autores que já se debruçaram sobre o tema, será realizado estudo prático no derradeiro capítulo a fim de se concluir que a aplicação do método reconstrutivo é capaz de contribuir para a missão de conferir efetividade aos direitos fundamentais por meio das ações e recursos da tutela abstrata movidos no âmbito do Supremo Tribunal.

Palavras-chave: Substancialismo; Procedimentalismo; Direitos Fundamentais; Supremo Tribunal Federal; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate that even with a wide range of positive fundamental rights and procedural instruments for their protection and promotion in the Brazilian legal system, there is still a great deficit in the practical realization of those values. This circumstance is worsened by the fact that in certain cases of complexity judged by the Brazilian Federal Supreme Court, many of these claims are extinguished prematurely or in an unsatisfactory manner due to the application of limiting discourses related to the restricted view of the thesis of the procedimentalism to the activities of the constitutional jurisdiction. Thus, it has been criticized the isolated adoption of this theory, once considered that its development in other countries was made in different backgrounds from the one seen in the Brazilian State. That is why it is intended to indicate that the complementary adoption of substantialism aims at balancing the needs of the concrete reality with the mandatory dispositions established in the Federal Constitution. Considering this, the paper pointed to methods of constitutional normative application and interpretation that seek to enhance the fundamental right norms, considering that the results produced by the constitutional process cannot be classified as of a political nature, not being arbitrarily invasive to the institutional attributions of other instances of Power. Formulated in five chapters, the study will present in the foreground the dogmatic justifications that underlie it, mainly the phenomena of juridical post-positivism and neo-constitutionalism. After the development and coordination of the ideas of several authors that have also studied the subject, a practical study will be carried out in the last chapter in order to conclude that the application of the reconstructive method is capable of contributing to the mission of conferring effectiveness to the fundamental rights through the actions and resources of the abstract jurisdiction dealt by the Supreme Court.

Keywords: Substantialism; Procedimentalism; Fundamental rights; Brazilian Supreme Court; Constitutional Jurisdiction.

LISTA DE ABREVIATURAS

UFBA	Universidade Federal da Bahia
ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
AIESP	Associação de Incentivo à Educação e saúde do Estado de São Paulo
ANIS	Instituto de Bioética
ASSTRAV	Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais
CELLO	Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual
CF	Constituição Federal
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EDH	Escritório de Direitos Humanos
GAI	Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual
GEDI	Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFMG
GGB	Grupo Gay da Bahia
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
n.p	Não paginado
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL ABERTO	15
2.1 PÓS-POSITIVISMO COMO REFERENCIAL HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO	18
2.1.1 Dworkin, o Juiz Hércules e o Direito como Integridade	20
2.1.2 O Juiz Hermes e a Hermenêutica Heterorreflexiva	23
2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIÁLOGO ENTRE DIREITO E POLÍTICA	26
3 DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O APARENTE EMBATE CONSTRUÍDO EM TORNO DO PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO	33
3.1 TEORIAS PROCEDIMENTAIS	38
3.1.1 Procedimentalismo norte-americano	40
3.1.2 Procedimentalismo alemão: contexto histórico e a construção das concepções sobre a Constituição	46
3.1.2.1 Robert Alexy: as bases procedimentalistas da ponderação principiológica sob a égide da teoria da argumentação	52
3.1.2.2 Jürgen Habermas: o modelo dialógico-procedimental de jurisdição	59
3.2 DA COMPLEMENTAR NECESSIDADE DO SUBSTANCIALISMO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	64
4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	70
4.1 A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	76
4.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O FENÔMENO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA”	81
5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES E LIMITES	87
5.1 CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS POTENCIALIZADORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	92
5.1.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consolidação da ideia de deveres institucionais	97

5.1.2 Método reconstutivo: entre a tópica e a interpretação concretista	102
5.2 LIMITES À ATIVIDADE RECONSTRUTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	108
6 A LEITURA SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO STF	117
6.1 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA (ADPF 132/ADI 4277)	119
6.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO (RE 641.320/ADPF 347)	134
7 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

Os Tribunais Constitucionais, criados em sua essência com o objetivo de garantir a observância da Constituição, são órgãos diuturnamente colocados diante de questões de grande envergadura cujas decisões são capazes de repercutir amplamente na coletividade. Isto significa que, devido à amplitude do conteúdo constitucional com o qual lida, sua atividade rotineira estará inevitavelmente ligada a aspectos sociológicos, políticos e econômicos, entre tantos outros relacionados à realidade que circunda o documento constitucional.

Diante desta multidisciplinaridade, o Tribunal Constitucional terá o desafio de assumir posição que consiga atender às necessidades sociais expostas da melhor maneira possível, sem que deixe de oferecer respostas que tenham sentido normativo e também correspondam ao imperativo de coerência determinado pela ordem jurídica constitucional.

Por esse motivo, a presente dissertação tem como tema central o reconhecimento da importância da perspectiva substancialista de atuação da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), demonstrando que a inserção desta ideia auxilia na missão de trazer os direitos fundamentais amplamente positivados na Constituição Federal para dentro da realidade prática do território brasileiro.

Esta seria, então, a justificativa para a sua elaboração, uma vez que é possível notar que, apesar do vasto catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira, muitos deles ainda estão distantes de ser plenamente realizados, levando a Carta Magna a assumir feições nominalistas e semânticas (NEVES, 1994), a despeito da força normativa da qual idealmente deveria gozar.

Seu principal objetivo, então, é o de evidenciar que os reflexos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo jurídico autorizariam a utilização da visão instrumental do direito constitucional para a realização dos valores aos quais o Supremo está vinculado na condição de Tribunal Constitucional brasileiro.

Complementarmente, a pesquisa visa explorar as potencialidades de aplicação dos direitos fundamentais, através dos métodos hermenêuticos dispostos pelo novo paradigma, e pelas características e atributos dos direitos fundamentais, sem se olvidar também de abordar sobre os limites desta atuação, para que ela não se veja desvirtuada.

Por isso é que será trazido como tema acessório o liame existente entre Direito e Política, demonstrando-se que, apesar dele, a atribuição judicial não se confunde com a atuação legislativa. Desta feita, busca-se nesse argumento a justificativa para a defesa da

legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no desempenho das atividades da jurisdição constitucional.

É preciso salientar, ainda, que a metodologia aplicada na pesquisa é de natureza qualitativa, enfocando no entendimento, reprodução e enquadramento de ideias doutrinárias aos intuítos do trabalho. Através de sua revisão de literatura, é possível perceber a realização de ampla consulta em material consolidado em torno dos temas explorados, além da busca de fundamentos na legislação vigente e em decisões emitidas pelo Tribunal para a defesa das ideias expostas.

Por esse mesmo motivo é que, quanto aos seus objetivos, a pesquisa pode ser classificada como bibliográfica, já que seu desenvolvimento se deu predominantemente com base em material já elaborado, tais como livros de referência, jurisprudência dos tribunais, artigos científicos e publicações periódicas. Dessa maneira, depreende-se que a pesquisa realizada se deu na modalidade predominantemente exploratória, não deixando de fazer referências aos tipos descritivo e explicativo.

Com isso, o desenvolvimento da dissertação foi elaborado na seguinte estrutura: introdução, cinco capítulos e considerações finais.

Nesta primeira parte introdutória, realçamos as características elementares do trabalho, o problema levantado e as hipóteses formuladas em seu entorno. Além disso, destacamos características da metodologia utilizada durante a sua confecção.

Já no primeiro capítulo do estudo, apresentam-se as justificativas teóricas para as soluções apresentadas ao problema explorado, tomando-se como premissa que o Direito seria um sistema social autopoietico (LUHMANN, 1991), estando aberto a influências externas, apesar do seu fechamento operativo.

Nesse sentido, demonstra-se que o neoconstitucionalismo institui mecanismos voltados à manutenção da autonomia do sistema jurídico. Assim, exploram-se, neste mesmo item, dois modelos ideias de juízes, Hércules e Hermes, ambos criados pelo pensamento pós-positivista com o intuito de elucidar formulações decisórias mais satisfatórias possíveis para a solução dos problemas de complexidade com minimização dos riscos de atuações arbitrárias pelo julgador.

O capítulo inaugural também revela que, dentre as constatações do neoconstitucionalismo, encontra-se o fenômeno da constitucionalização, criado para a superação de ideias tradicionalmente positivistas em torno dos papéis da Constituição e da jurisdição constitucional. Através dessa perspectiva, infere-se que a Constituição não pode ser encarada como simples documento político organizatório do poder estatal, mas deve servir

também como fonte direcionadora da atuação dos poderes públicos em prol da concretização dos direitos fundamentais.

Nesse esteio, o capítulo dois intenciona demonstrar que as visões procedimentalistas, quando importadas de maneira acrítica da experiência estrangeira, apesar de trazerem conclusões de relevo a exemplo da importância da preservação do princípio democrático e da necessidade de manutenção da abertura dos canais de comunicação na sociedade pluralista, não serão suficientes para solucionar fenômenos sociais particulares do caso brasileiro. Será exposto, então, nesse mesmo item, que a ideia procedimentalista se mostraria insuficiente quando visto que, para sua ideal aplicação, seriam necessárias condições ideais de *liberdade e igualdade* entre os participantes do discurso democrático, o que não aconteceria no Brasil em virtude de dois fatores sociais crônicos: (i) o déficit educacional de grande parte da população e (ii) o persistente óbice ao amplo e igualitário acesso à Justiça para todos os jurisdicionados.

Sendo assim observa-se que o substancialismo, apesar de ser reputado como vertente de pensamento contraditório ao procedimentalismo, será aqui encarado como visão que pretende complementá-lo em sentido, justificando-se que o princípio democrático não poderá ser visto de maneira isolada, mas deverá ser interpretado em conjunto com tantos outros princípios fundamentais da Constituição. Com isso, indica-se que a atuação substancialista, apesar de ser apontada como fator de “risco democrático”, na verdade, apenas representa uma face da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional para a realização das tarefas de controle institucional.

Não outro será o ponto de discussão do capítulo três, que busca demonstrar ser a questão da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional mais uma questão de *equilíbrio* entre as possibilidades e limites da decisão judicial do que de embate entre o princípio democrático e os direitos fundamentais como valores salvaguardados pelo procedimentalismo e substancialismo respectivamente. Assim, aponta-se que, quando o Tribunal invalida determinada lei ou ato normativo ou cria soluções para as ineficiências do sistema político, não estará fazendo nada mais que executando seu papel de órgão “operacionalizador” da Constituição, não havendo que se falar em transmutação da atividade jurídica em consecução de “opções políticas”.

Por isso, será confirmada a releitura pós-positivista da teoria da “separação dos Poderes”, uma vez que sua concepção clássica ainda é argumento muito utilizado para fins de deslegitimação da atuação concretista do Tribunal. Assim, será questionada a conceituação clássica do fenômeno, respaldando-se na doutrina pós-moderna a defesa da existência de “separação de funções”, e não do Poder propriamente dito, haja vista ser ele uno e indivisível.

Admitindo-se a legitimidade e a juridicidade da atuação do Tribunal Constitucional, expõe-se no capítulo quatro do trabalho que para se atingir as finalidades de efetivação e concretização dos direitos fundamentais, é preciso compreender a Constituição, não apenas como mero repositório de normas organizacionais e procedimentais, mas também como elemento fomentador dos direitos mais essenciais da pessoa humana. A partir desta ideia, pondera-se que os direitos fundamentais são normas direcionadas em face de todos os Poderes Constituídos em virtude dos atributos da eficácia dirigente e irradiante. Com isso, os órgãos estatais assumem não a faculdade, mas o dever institucional, não apenas de reconhecer sua existência, mas também de garantir sua operacionalização prática, sob pena de tornar a Constituição inócua.

Dessa maneira, expõem-se como justificativas para essas possibilidades de exercício do poder jurisdicional pela Suprema Corte brasileira a centralidade do lócus ocupado pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, e também o reconhecimento da vinculatividade do princípio da dignidade da pessoa humana como ponto de referência e fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos insculpidos ao art. 1º, III da CRFB. Demonstra-se com isto, que para além do princípio democrático, existe complexa rede de valores, fundamentos e objetivos salvaguardados pelo texto constitucional que também necessitam ser observados para fins de implementação de direitos negligenciados e proteção de direitos comprometidos pelas ações abusivas das demais instâncias do Poder Público.

As constatações descritas terão por objetivo evidenciar a existência da “eficácia integradora da Constituição” (BACHOF, 2009), salientando-se por meio dela que os atributos da aplicabilidade imediata, da inesgotabilidade e da indivisibilidade dos direitos fundamentais são características que contribuem para a função reconstrutiva carreada pelo Tribunal em prol dos intuitos substancialistas aqui defendidos.

Com essa ideia é que no item no item 5.1.2 do trabalho, parte-se para a descrição do “método reconstrutivo de aplicação constitucional”, que tem por objetivo aliar as características democráticas da teoria procedimentalista aos atributos de persecução da Justiça ensejados pela vertente substancialista. Com ele, demonstrar-se-á que a atuação eficiente do Supremo Tribunal Federal não significará necessariamente o rechaço ao procedimento ou a proliferação de riscos democráticos ao poder decisório oriundo do exercício da cidadania, mas auxiliará na missão de impulso da sociedade aos desígnios impostos pela Constituição.

Essa tarefa, de sua vez, não será feita sem a observação dos limites impostos à atuação do Tribunal, sendo ilustrados, neste título, parâmetros como o dever de fundamentação oriundo do princípio da publicidade, além da aplicação dos postulados da

proporcionalidade e razoabilidade à construção jurisprudencial que aqui também é considerada como forma de expressão da atividade estatal em sentido amplo.

Ao fim da exposição teórica é feita, no capítulo cinco, análise prática da jurisprudência substancialista carregada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em prol dos direitos fundamentais da pessoa humana nos últimos anos.

É usada, então, a exposição de dois casos paradigmáticos para a tutela abstrata de direitos fundamentais: (i) o caso do reconhecimento da extensão das características da união estável às uniões homoafetivas (ADPF 132 e ADI 4277) e (ii) o caso da declaração do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro com a correspondente edição de medidas positivas direcionadas aos exercentes do Poder Público para sanar tal situação de lesividade massiva aos direitos fundamentais (RE 641.320 e ADPF 347).

Há de se dizer que os casos expostos compreenderão a tutela de direitos fundamentais individuais e coletivos. A partir das construções decisórias enquadradas ao método reconstrutivo, ilustra-se a investidura em atuação substancialista para os fins de concretização de direitos fundamentais, dando-se o exemplo para julgamentos que eventualmente venham a ser feitos pelo Tribunal no âmbito da jurisdição constitucional.

Logo, aborda-se nas considerações finais, que a partir da exposição teórica realizada e dos exemplos práticos ilustrativos, descortinada estará a forma como o Tribunal Constitucional se investe em operação de legítima aplicação dos preceitos constitucionais para o impulsionamento social, equilibrando-se, então, os papéis de conformada e conformante da Constituição diante da realidade social em que se insere.

As constatações obtidas demonstram, por fim, que tais atuações representam legítimo desempenho de atividade relegada à jurisdição constitucional, contribuindo para que os valores e finalidades da Constituição de 1988 do Brasil sejam postos em prática de maneira plena no âmbito das ações de controle abstrato e uniformização da jurisprudência constitucional, sem que isso represente qualquer ingerência ou investidura do órgão em atividade de natureza política, uma vez que a juridicidade de seu exercício é retirada de não outro meio a não ser da própria *Constituição*.

2 DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL ABERTO

Para a definição dos termos propostos neste item, necessário se faz, primeiramente, conceituar o que se entende por sistema constituinte de sentido de acordo com a teoria dos sistemas sociais elaborada por Niklas Luhmann (1991). Para o sociólogo alemão, determinado fenômeno será considerado como modelo de sistema autônomo quando atender à premissa identificadora denominada de “pretensão de universalidade” ou *Universalitätsanspruch*.

Este atributo significaria a pretensão de se abarcar todo o campo de determinado objeto de estudo a partir de um princípio unificador, em uma operação de seletividade. Isto implica dizer que para a definição de um sistema só podem ser aceitas “ideias, propostas e críticas até onde elas se voltem à unificação de um determinado princípio” (LUHMANN, 1991, p. 33, tradução nossa)¹.

Se admitirmos, então, que o Direito é criação humana voltada para a regulação das expectativas e pacificação social por meio da institucionalização de normas jurídicas, e que essas últimas características constituem a expressão do princípio unificador deste sistema, não se poderá discordar sobre o enquadramento do Direito ao conceito de sistema social. *Sistema*, porque existe um princípio unificador que o distingue dos demais, e *social*, porque seu desenvolvimento se dá *dentro de e para* determinada sociedade.

Nessa quadra, é preciso destacar que as características diferenciadoras que dão tom à pretensão de universalidade dos sistemas, no entanto, não significam que eles funcionem de maneira estanque, sem a devida interação com aquele que o estuda e para quem é feito o sistema, com o ambiente em que está inserido ou com outros sistemas que o circundam.

É necessário reconhecer que interferências subjetivas, ambientais e intersistêmicas são inevitáveis, mas que estas, quando mantidas no nível da *fundamentação*, não farão com que sua influência retire a autonomia necessária ao funcionamento ideal do sistema em estudo.

Assim, apesar de toda influência externa e da inevitável abertura ao ambiente, a autonomia do sistema jurídico é expressa pela capacidade de se encontrar as soluções para os problemas que lhe forem postos no interior do próprio sistema, sendo esta a característica determinante que dará nota à ideal harmonia sistêmica desejada.

Na visão de Luhmann (1991), a partir do momento em que os elementos configuradores do sistema são renovadamente descobertos no movimento constante da sua prática e análise científica, é possível admitir que exista dupla relação de contingência

¹ “Er bedeutet, daß man Gedankengut, Anregungen und Kritik nur akzeptiert, wenn und soweit sie sich ihrerseits dieses Prinzip zu eigen machen.”

(*Kontingenz*) e emergência (*Notwendigkeit*) - no sentido de não contingência - que é o que diferencia a pretensão de universalidade (*Universalitätsanspruch*) da pretensão de encerramento/fechamento (*Ausschliesslichkeitansprüchen*) em torno do funcionamento de determinado sistema.

A partir disso, tem-se que a autonomia sistêmica não poderá ser confundida com autossuficiência ou com completo isolamento científico. Em verdade, na perspectiva das ciências sociais como sistemas constituintes de sentido, a autorreprodução não pode estar vinculada a um radical fechamento a fatores externos, uma vez que, na perspectiva pós-moderna, é característica dos sistemas sociais a existência de observadores que se encontram inseridos *dentro* do sistema e *para* os quais o sistema é delineado².

Sendo assim, falar em sistema autopoietico seria o mesmo que se referir a um sistema que possui fechamento meramente “operativo”, estando aberto a incorporar as influências do ambiente/realidade à medida que estes sirvam como seus *fundamentos*, e desde que sejam atendidas as condições e critérios de reconhecimento que existam dentro daquele mesmo sistema para a delimitação de seu objeto.

Dessa maneira, o fechamento operacional “não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal” (CAMPILONGO, 2011, n.p). Em verdade, tal fechamento seletivo é o que garante a abertura adequada do código sistêmico ao ambiente circundante, instalando-se uma relação contínua e estável entre eles (NEVES, 1994).

Quando trazido este conceito aos intuítos do estudo, percebe-se que o fechamento operativo seria aquilo que permite que exista *segurança* no trato das questões que circundam o Direito. Significa dizer que as circunstâncias dos fatos da vida, apesar de situadas fora do sistema jurídico, deverão ser minimamente previstas por sua configuração normativa, não sendo necessário que as soluções sejam criadas ao talante do julgador, mas sim buscadas no interior do próprio sistema com o auxílio de ferramentas legítimas de interpretação e

² Sobre a quebra do paradigma sujeito-objeto, trazidas pela pós-modernidade ao estudo das ciências destacamos: “[...] a reconstrução paradigmática do direito enfrenta alguns desafios, muitos deles decorrentes das denúncias que a fragmentação pós-moderna revelou. O novo modelo deverá, em síntese, estar atento para recompor o sujeito da modernidade em uma estrutura cognitiva não solipsista, ou seja, deverá romper com o modelo sujeito-objeto e, capitaneado pelo giro linguístico, assumir-se a relação sujeito-sujeito. Deverá, ainda, responder à complexidade da sociedade contemporânea, questão que ganha relevo quando essa resposta assume uma feição racionalista. Não será possível, de igual modo, ignorar a fragmentação de sentidos decorrente de uma diluição ontológica que atinge o direito por diversos ângulos, seja na domesticação que uma legislação centralizada pode provocar, seja nas dificuldades hermenêuticas geradas no momento de aplicação desse direito em situações concretas. Para estas, terá que responder à inexorável diferença ontológica entre texto e norma, bem como à caracterização da compreensão da norma como aplicação/concretização, sem ultrapassar os limites de legitimação democrática do Judiciário. Terá também, que buscar a autonomia do direito em um mundo dominado por estruturas de mercado consolidadas pela hegemonia capitalista e por um sistema político corrompido, o que implica fortalecer sua autonomia face às tentativas de corrupção sistêmica.” (CARNEIRO, 2011, p. 170-171).

aplicação normativa, mormente com auxílio da função norteadora e vinculante reconhecida aos princípios fundamentais de Direito.

Dessa maneira, embora o fechamento completo represente o ideal a ser perseguido para fins de manutenção da segurança, o sistema jurídico nunca poderia estar terminantemente cerrado porque a realidade *pela qual e para a qual* ele foi criado estará sempre aberta à inovação dos fatos.

Isto não quer dizer, no entanto, que não exista um mínimo de previsibilidade sobre os intuitos da norma, ainda mais se considerado que, na condição de norma-vetor do ordenamento jurídico, a Constituição exprime valores, fundamentos e objetivos que norteiam a atuação dos entes estatais e as relações celebradas entre os particulares.

A abertura cognitiva, portanto, permite que o Direito e suas normas sejam vistos simultaneamente como elementos conformados e conformantes da realidade social, estabelecendo-se relação de *reciprocidade* entre o sistema e o ambiente em que está inserido:

O Direito constitui, com outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto* [...]. A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema. (NEVES, 1994, p. 120)

Significa dizer, como será explanado adiante, que um mínimo de abertura sistêmica sempre existirá em virtude da impossibilidade de o desenvolvimento do sistema jurídico acompanhar simultaneamente a evolução dos fatos sociais, e que reconhecer isto não significa quebrantar sua normatividade e autonomia.

Nesse sentido, até mesmo as rígidas normas da Constituição escrita são capazes de manter um mínimo de abertura material, já que, nos dizeres de Neves “[...] a concepção do Direito como sistema autopoietico pressupõe a assimetria entre complexidade do sistema jurídico e supercomplexidade do meio ambiente na sociedade moderna” (NEVES, 1994, p. 133).

A problemática se instaura, então, quando se admite que o Direito possa não possuir pronta resposta aos problemas jurídicos que não conseguem esperar pela “digitalização interna” das informações do ambiente para dentro do sistema, transformando-se a abertura inerente em ferramenta de proliferação de arbitrariedades, manutenção de negligências ou abusos de discricionariedade.

Por isso, destaca-se que a questão do fechamento normativo e da abertura cognitiva do Direito, e por via reflexa, da Constituição, deverá estar vinculada a uma teoria de justiça que

seja reorientada para a investigação da complexidade adequada do problema jurídico e da consistência das decisões que são obtidas para solucioná-los.

Essa constatação, de sua vez, é aplicável, não apenas ao Direito, mas a todos os sistemas e ciências que são estudadas através do paradigma pós-moderno de redução de complexidades. Nesse sentido, destaca-se:

[...] o desafio da globalidade é também um desafio de complexidade. Existe complexidade, de fato, quando os componentes que constituem um todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes. Ora, os desenvolvimentos próprios de nosso século e de nossa era planetária nos confrontam, inevitavelmente e com mais e mais frequência, com os desafios da complexidade. (MORIN, 2003, p. 14)

Logo, o verdadeiro problema não está em definir se o ordenamento jurídico é ou não um sistema aberto, pois isto já seria um dado sensível. A preocupação central do observador do fenômeno jurídico, que, não se pode olvidar, também é participante do fenômeno que avalia, será, em verdade, a de encontrar, dentro deste mesmo sistema, respostas satisfatórias e adequadas para os problemas de complexidade que lhe são apresentados, levando em conta o objetivo primordial do sistema autônomo aqui estudado: o imperativo de justiça.³

2.1 PÓS-POSITIVISMO COMO REFERENCIAL HERMENÊUTICO-FILOSÓFICO

Antes de iniciar o desenvolvimento central das ideias que se pretendem expor por meio deste, necessário se faz contextualizar a hipótese levantada aos termos da Teoria do Direito, de forma a se tomar posição diante dos problemas que circundam a natureza, a estrutura e a funcionalidade das normas jurídicas, e de modo especial das normas constitucionais.

Partimos, portanto, do pressuposto segundo o qual nos encontramos atualmente na tentativa de consolidação do pós-positivismo em termos de corrente filosófica de explicação da teoria jurídica. Esta vertente, a seu turno, tende a consertar as falhas da “pureza” positivista que pregava o alheamento científico do Direito aos aspectos da Política, Moral, Sociologia, Filosofia e ciências afins. Não por isso, lecionava Hans Kelsen sobre a teoria normativa:

³ Necessário destacar que na perspectiva dos sistemas autopoieticos, até mesmo conceitos que tangenciam a moral e a ética, como a justiça, devem ser vistos por uma perspectiva jurídica. Sendo assim: “Justiça, nesses termos, não seria a pura correspondência entre a decisão e os interesses externos, mas sim a consistência das operações internas que reconhecem e qualificam os interesses como protegidos ou repelidos pelo direito” (CAMPILONGO, 2011, n.p).

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2009, p. 1)

Já a virada paradigmática representada pelo pós-positivismo jurídico, derivada da crise da modernidade, trouxe como uma de suas principais características o entendimento, segundo o qual o Direito passa a ser encarado como elemento originado a partir do pluralismo cultural, e, portanto, “aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante” (SOARES, 2010a, p. 56).

Nas palavras de Calsamiglia (1998), os maiores desafios enfrentados por este novo caminho jusfilosófico apontam para dois problemas que são indissociáveis ao Direito e a sua abertura sistêmica: (i.) o da sua natural indeterminação pela incapacidade de reger a totalidade e a velocidade dos fatos da vida e; (ii.) o das necessárias relações travadas entre Direito, Moral, Política e ciências afins.

Dessa maneira, o pós-positivismo admite, em primeiro lugar, que, embora as normas jurídicas sejam previamente delineadas para a resolução de conflitos futuros, o processo legislativo de institucionalização do Direito não será capaz de acompanhar inteiramente a ininterrupta evolução social e o aumento da complexidade dos problemas que lhe são apresentados. Nesse sentido, o novo paradigma “[...] desloca o centro da atenção dos casos claros e fáceis para os casos difíceis” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211, tradução nossa)⁴.

E, embora reconheça que a existência de lacunas para além do que está institucionalizado/legislado é inerente ao Direito, o pós-positivismo inova ao criar fórmulas que pretendem evitar a consistente possibilidade de utilização arbitrária da discricionariedade deixada por tais casos de difícil resolução, em tentativa de superação desta que é a maior falha do positivismo e também do jusnaturalismo primitivo: o risco da *arbitrariedade*.

Para colaborar com esta missão, jusfilósofos pós-positivistas lançam sugestões direcionadas ao poder jurisdicional objetivando o encontro de resoluções satisfatórias para tais “casos difíceis” dentro das estruturas próprias do Direito, de maneira a minimizar os riscos de abusos de poder e de interferências indevidas nas atribuições institucionais de outros órgãos.

A seguir, então, serão estudadas as características específicas de tais métodos decisórios desenvolvidos, percebendo-se, para cada um deles, como a técnica utilizada

⁴ “Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles.”

intenciona resolver tais questões, reduzindo-as em sua complexidade da maneira mais juridicamente segura possível.

2.1.1 Dworkin, o Juiz Hércules e o Direito como Integridade

Ronald Dworkin foi um dos responsáveis por expor a maneira ideal como deveria se portar o juiz, aplicador do direito, de forma a chegar, não a uma única e absoluta resposta correta em face de determinado caso difícil, mas à resposta que pudesse melhor se aproximar do que considera ser o ideal de aplicação da justiça.

Para isso, cria a figura alegórica do “Juiz Hércules”, que teria “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” na árdua tarefa de interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos difíceis (DWORKIN, 2002, p. 165).

Na evidente inserção do autor em ambiente de *Common Law*, Dworkin (1999) destaca que, apresentado determinado problema jurídico a Hércules, deveria ele começar sua atuação a partir do processo de levantamento das diversas hipóteses que pudessem corresponder a melhor interpretação dos casos expostos pelas partes. Esta seria uma etapa *pré-interpretativa*, na qual se identificariam, em suas palavras, “[...] as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática jurídica” (DWORKIN, 1999, p. 81).

Na segunda etapa da interpretação, denominada por Dworkin de *construtiva*, Hércules deveria encontrar uma justificativa geral para as hipóteses levantadas na etapa *pré-interpretativa*.

Assim, construído o esquema de princípios abstratos e concretos que se ligam aos precedentes de direito costumeiro e às disposições constitucionais e legislativas postas, seriam buscados os fundamentos que justificam a institucionalização destas fontes de Direito, e, portanto, sua aplicação adequada ao caso em análise (DWORKIN, 2002).

Nesta atividade, Dworkin (1999) ressalta a existência de princípios basilares e norteadores da função jurisdicional, quais sejam: a *justiça* e a *equidade*. Tais princípios representariam o compromisso ajustado pelos valores compartilhados por determinada comunidade que estivesse situada no contexto de *fraternidade*.

Assim, para Dworkin, interpretar o direito construtivamente só seria possível em realidades nas quais a importância das virtudes, da justiça e da equidade fossem sentidas e compartilhadas pelos integrantes da comunidade tanto do ponto de vista dos aplicadores, como do ponto de vista dos destinatários genéricos do Direito.

Após coletar estas justificativas e formular as hipóteses pertinentes e adequadas aos princípios da justiça e da equidade, haveria Hércules que proceder à atividade de seleção *pós-interpretativa*, excluindo do seu entendimento aquelas hipóteses que fossem incompatíveis “[...] com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral” (DWORKIN, 1999, p. 293).

Isto revela que o objetivo de Dworkin seria o de fazer com que o aplicador se aproximasse ao máximo de um ideal interpretativo que denomina de *integridade*. Esse princípio fundamental de atuação é trazido por Dworkin como uma resposta intermediária a outras duas teorias que tentariam explicar o funcionamento do Direito com algumas falhas pontuais relacionadas à preocupação com as possibilidades de atuação arbitrária.

Para a primeira delas, o *convencionalismo*, as regras deveriam ser aplicadas de maneira subsuntiva, sem espaço para questionamento sobre sua adequação principiológica aos casos concretos. Em uma frase, o convencionalismo pregaria que “[...] o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 1999, p. 141).

Embora a corrente convencionalista ofereça os benefícios da previsibilidade e equidade processuais, perde em sentido quando não apresenta solução adequada para o problema da inevitável abertura do sistema jurídico, o que é encarado pela teoria do Direito como integridade de maneira distinta. Senão, vejamos:

Como o convencionalismo, o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas. Contudo, responde à segunda pergunta de modo muito diferente. Supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem, entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce. (DWORKIN, 1999, p. 119)

Já a corrente do *pragmatismo*, estabeleceria como Direito aquilo que o Juiz decide aplicar em razão das circunstâncias práticas por ele analisadas. Embora tal modelo supere o convencionalismo na questão de reconhecer a abertura do sistema às questões que ultrapassem a rigidez do texto legal, sua grande falha residiria, como destaca Dworkin (1999), em ignorar o passado.

Isso se dá porque a preocupação principal do pragmático está na eficiência de suas decisões e nos efeitos prospectivos que por elas são gerados, desconsiderando o enfoque nos compromissos previamente celebrados pela comunidade no enlace político-democrático.

O Direito como integridade surge, então, como alternativa de conjugação e superação destes dois modelos, funcionando para Dworkin como “[...] a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas distintas” (DWORKIN, 1999, p. 260).

Assim, o Direito como integridade seria o ideal a se seguir na tarefa hercúlea de se chegar à decisão judicial adequada, atendendo não só ao compromisso com a concepção pública mais fundamental de Justiça, mas também à necessidade de adequar o Direito aos anseios da sociedade aberta, complexa e plural sem sacrificar o seu “fechamento operativo”. Em verdade:

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 1999, p. 229)

Sobre isso, é preciso destacar que, embora os ensinamentos da integridade possam ser bem recepcionados pelas estruturas do modelo jurisdicional brasileiro, é possível vislumbrar que a ideia de Dworkin foi desenvolvida em sistema jurídico do *common Law*, no qual se ressaltam as virtudes dos precedentes e da atividade sintetizadora dos Tribunais em detrimento da doutrina e dos diplomas positivados.

Apesar da absorção de ideias desta modalidade no Brasil a partir das novas prescrições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15)⁵, para melhor adaptar as nuances desta teoria aos contornos do *Civil Law*, necessário se faz analisar outro modelo sugerido de juiz, denominado Hermes, segundo a teoria elaborada por François Ost e descortinada no âmbito da hermenêutica heterorreflexiva defendida por Wálber Carneiro no território brasileiro.

⁵ A inserção definitiva da força dos precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro pode ser destacada da descrição do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 que disciplina: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, 2015).

2.1.2 O Juiz Hermes e a Hermenêutica Heterorreflexiva

Com intuito de melhor adequar as teorias da decisão judicial em complexidade, referimo-nos a Wálber Araújo Carneiro, que em sua *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva* (2011), busca não no Hércules dworkiano, mas em outra figura de juiz alegórico, as respostas complementares para problemas que não poderiam ser resolvidos satisfatoriamente por aquele primeiro cenário.

Busca-se, então, no “Juiz Hermes”, proposto originariamente por François Ost⁶, o modelo de juiz melhor adaptado às disposições dialógicas do Direito e à ideia de supremacia constitucional inerente aos sistemas jurídicos rígidos e escalonados de tradição romano-germânica. A figura adaptada de Hermes é ilustrada por Carneiro da seguinte forma:

Hermes é um juiz que vive dois mundos. O mundo do direito institucionalizado e o mundo da vida, onde ele experimenta a presença cotidiana do outro. Ele transita entre esses dois mundos e é responsável por traduzir juridicamente aquilo que compreende a partir do mundo da vida [...] A permanência de Hermes nesse mundo institucionalizado – virtual e digital – depende do modo como ele se comportará nele, uma vez que a *habilidade* de tradução não confere, por si só, o poder de levá-la a cabo, que continua pertencendo ao corpo político. Por essa razão, na tentativa de permanecer autorizado a promover as traduções entre os mundos, Hermes assume uma postura rigorosa na sua prática interpretativa. Portanto, também é um juiz “metódico”, embora saiba que seus “métodos” não o retirarão de seu mundo vivido e que ele, no máximo, poderá traduzir, mas jamais *pensar* juridicamente. Sendo assim, deposita suas preocupações metódicas no espaço do *jogo reflexivo* consigo e com o outro, ou seja, no espaço da *heterorreflexividade*. (CARNEIRO, 2011, p. 273-275)

A partir daí é que se irão propor as etapas que devem ser levadas em conta na tarefa de julgar e aplicar o Direito, de forma a apresentar, do modo como intentado por Dworkin, resposta ótima para conter o problema da possibilidade de emissão de decisões arbitrárias em questões de complexidade, nos termos do ideal pós-positivista.

Sendo assim, a primeira atitude interpretativa de Hermes é *contratextual*, ao passo que ele parte, não do sentido jurídico de determinado fato, mas do sentido sócio-comunitário que o fenômeno analisado possa vir a ter, para iniciar sua atividade de compreensão normativa.

Essa atitude acabaria por superar as dificuldades da limitação do Direito institucionalizado, buscando-se, de imediato, os sentidos da razão moral e prática dos problemas. Esta atitude abriria solução para o inevitável contato do sistema jurídico com

⁶ Na teoria originalmente formulada, Ost conceitua o seguinte: “Propomos representar este modelo sob os traços de Hermes, o mensageiro dos deuses. Sempre em movimento, Hermes às vezes está no céu, às vezes está na terra e outra nos infernos. Ocupa definitivamente o vazio entre as coisas e assegura o trânsito de umas às outras.” (OST, 2007, p. 103, tradução nossa).

outras modalidades sistêmicas por meio da pronta análise das repercussões externas do problema.

Assim, encarar o problema jurídico *prima facie* em uma operação contratextual seria o mesmo que tentar identificar, de início, as diversas repercussões que tal problema possuiria no contexto real, admitindo-se que o Direito se relaciona intrinsecamente com aspectos da Moral, Política, Sociologia, Economia e demais ciências que estudem a sociedade em toda a sua complexidade, sem se deter, no entanto, a esta etapa prévia que apenas preparará o problema para receber a solução jurídica. Assim, justifica:

Mas Hermes tem consciência dos limites do seu campo de visão e, por isso, deverá buscar novas perspectivas na tentativa de que o problema o surpreenda. Essa reflexão envolve, necessariamente, o diálogo com as partes e deve ser complementada com uma abertura dialógica comunitária, na tentativa de observar outros sentidos possíveis para as perspectivas já assumidas. Essa abertura exige de Hermes um diálogo constante com textos não normativos, a exemplo dos textos filosóficos, literários, sociológicos e econômicos [...] Feito isso, terá diante de si as diversas possibilidades de sentido moral-prático conferidas a partir do problema. (CARNEIRO, 2011, p. 275)

Após coletar as nuances prático-morais do problema apresentado, Hermes iniciaria sua atividade de “tradução”, trazendo os consensos obtidos na primeira fase para o contexto sistêmico do direito institucionalizado. Isso seria feito, inicialmente, através do enquadramento dos contornos do problema ao conteúdo substancial dos princípios constitucionais do ordenamento em questão. Desse modo, permitir-se-ia “[...] a ligação entre a tradição comunitária e a tradição institucionalizada, ou seja, entre a moralidade axiológica e a institucionalização deontológica” (CARNEIRO, 2011, p. 276).

Iluminando o conteúdo deontológico dos princípios, Hermes compreende o sistema de regras, utilizando-se de mecanismo decisório diferente daquilo que seria a estrita *subsunção*. E ainda por estar ciente sobre as limitações que os princípios e regras possam eventualmente apresentar diante de determinados problemas, busca na doutrina e em suas classificações e estruturas analíticas “[...] uma lente que permite analisar melhor o seu problema” (CARNEIRO, 2011, p. 277).

Por fim, e em caminho oposto ao percorrido por Hércules, Hermes procede ao diálogo com a jurisprudência, que é o que permite que se mantenha a *coerência sistêmica*, encerrando, assim, o “fechamento operativo do Direito” como elemento caracterizador da autonomia jurídica.

Isto não quer dizer, no entanto, que Hermes estará impossibilitado de romper com aquilo que foi dito anteriormente por outros juízes, justamente porque no modelo dialógico

heterorreflexivo o ponto de partida é o problema em si, e que “[...] se Hermes quiser compreender o que o sistema diz através da jurisprudência, deve se perguntar pelo problema que as originou” (CARNEIRO, 2011, p. 278).

Assim, para aplicar a jurisprudência a um novo caso, identificam-se os pontos de semelhança entre as questões comparadas, justificando a aplicabilidade daqueles princípios previamente elegidos. E não só isso, Hermes deverá demonstrar que os problemas confrontados têm os mesmos contornos jurídicos, ou do contrário, que o sistema atribuiu novo sentido a estes, seja pela existência de *erro prévio de interpretação*, seja pela *mutação do conteúdo deôntico* dos princípios previamente identificados na segunda fase do processo de deliberação judicial.

Feito isso, Hermes procede ao diálogo com as partes, demarcando o *atravessamento heterorreflexivo* de todas as fases já descritas. Quando se leva em consideração o que se tem a dizer por aqueles que estão diretamente envolvidos no problema em discussão, passa-se a justificar a decisão, não apenas junto à comunidade, mas também diante daqueles que suscitaram diretamente a atividade do Poder Judiciário.

Ultrapassadas todas estas fases da deliberação, Hermes terá condições de bem fundamentar a sua decisão final, de modo a sustentar, por meio do seguimento de todos estes passos, a *legitimidade* do papel a si atribuído, problema sobre o qual também se discorrerá em capítulo posterior deste estudo.

De um modo ou de outro o que se retira da lição neste momento é uma alternativa *ideal* para a redução da complexidade dos problemas jurídicos por meio da adoção de postura pós-positivista de atuação jurisdicional.

Dessa maneira, os ensinamentos hermenêutico-filosóficos trazidos pela vertente pós-positivista são aplicados como plano de fundo para a defesa das possibilidades e reconhecimento dos limites de atuação judicial-concretista carreada no âmbito do STF quando diante de problemas complexos que demandam a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, transpondo as ideias genericamente aduzidas para nosso objeto de estudo, podemos perceber que, quanto maior for o rol de direitos fundamentais reconhecidos e o elenco de princípios e objetivos do Estado descritos na Constituição, menor será a margem discricionariiedade dos Poderes em realizá-los.

Dessa maneira, ainda que existam lacunas no ordenamento jurídico, elas nunca poderão ser preenchidas em desfavor destes vetores de interpretação, sob pena de *esvaziamento do sentido normativo da Constituição*.

Destarte, analisadas as soluções construídas no intuito de minimizar os riscos inerentes à indeterminação do sistema jurídico, passa-se a desbravar a maneira como o neoconstitucionalismo pós-positivista modificou o entendimento sobre as relações travadas entre o Direito e outros sistemas sociais, principalmente em relação ao sistema político, que, embora com ele não se confunda, possui estreita relação de vínculo da qual a Constituição é elo de “acoplamento estrutural”.

2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIÁLOGO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

A Política é um dos sistemas que mais intensamente se relacionam com o Direito. Embora ela possa ser apontada como força motriz de criação das normas jurídicas, não se pode olvidar que também o exercício político é limitado pelas regras impostas pelo Direito, tudo isso revelando a existência de uma relação de bicondicionalidade entre ambos os sistemas sociais.

O ponto de tangenciamento entre Direito e Política, de sua vez, acaba sendo representado pela figura das Constituições dos Estados na condição de documentos que consagram o “vínculo estrutural” existente entre os sistemas jurídico e político. Nesse sentido:

É de acordo com esse modelo que Luhmann vai definir a Constituição como vínculo (“ligação”, “acoplamento”) estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre política e Direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a Política e o Direito, na medida em que ela “possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico”. (NEVES, 1994, p. 61-62)

Essa ideia revela a perspectiva pós-moderna de Constituição, que não a trata mais como simples documento político, mas passa a encará-la como “[...] fator e produto da diferenciação funcional entre sistemas político e jurídico” (NEVES, 1994, p. 61), servindo para a dupla função de garantir direitos já sedimentados no presente e oferecer direcionamento ao futuro comunitário (CUNHA JR., 2008).

Nesse esteio, a rigidez normativa da Constituição obsta que os valores nela sedimentados estejam sujeitos a movimentações casuísticas do poder político. Dessa forma, garante-se a manutenção da autorreferência do sistema constitucional, ainda que se reconheça que o conteúdo de suas normas irá buscar sua origem e destino na realidade circundante, nos movimentos políticos, e também filosóficos, sociais e econômicos.

Afinal, é na história que se podem buscar os fundamentos de criação das Cartas Políticas de organização do Poder Estatal e no desenrolar dos fatos sociais as justificativas para a imposição de limites ao poder político por meio do reconhecimento gradual e cumulativo de direitos fundamentais aos súditos/cidadãos.

Essa ligação estabelecida entre Direito, história e evolução social revela o conceito de *constitucionalismo*, definido por Dirley da Cunha Jr. como “[...] um movimento político e filosófico inspirado por *ideias libertárias* que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organização lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes” (CUNHA JR., 2015, p. 19).

Isso quer dizer que este caminho contínuo de definição e redefinição da relação estabelecida entre poder estatal, de um lado, e direitos dos participantes da comunidade política, de outro, vai buscar na vivência de determinados momentos históricos seus fatores inaugurais e determinantes.

Dessa maneira, percebemos que, enquanto o constitucionalismo pode ser considerado como o palco dos acontecimentos históricos e políticos que levam à conformação, institucionalização e limitação do poder estatal, a Constituição (seja ela escrita ou não) será o símbolo da consolidação desses ideários, incorporando em sua essência valores que se expressam por meio de direitos fundamentais, considerados como aqueles que conferem aos jurisdicionados as prerrogativas necessárias ao convívio social ótimo.

Assim, para melhor situar o tema às finalidades deste trabalho, é necessário destacar que o momento hoje vivenciado em termos de desenvolvimento constitucional está atrelado à mudança de paradigmas do Estado de Direito, o que foi motivado por circunstâncias que demonstraram a falibilidade de alguns argumentos oriundos do constitucionalismo moderno.

Essa nova visão, por sua vez, teve por impulso no continente europeu o momento após as duas grandes Guerras Mundiais, e no Brasil a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988. Por isso se diz que o neoconstitucionalismo representa tentativa de restabelecimento da harmonia e pacificação sociais por intermédio da Constituição, após períodos de crise humanitária e de totalitarismo estatal.

A virada paradigmática do constitucionalismo moderno para o neoconstitucionalismo é explicitada por meio da seguinte ideia:

O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder, permaneceu inquestionável entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional, voltado a [1] reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, [2] dotado de força normativa e expansiva, [3] passou a

condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e [4] a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política. (CUNHA JR, 2008, p. 9)

As características acima elencadas demonstram como o neoconstitucionalismo modificou a perspectiva gerada em torno da Constituição, o que foi motivado pela adoção de uma *compreensão substancial* do Estado de Direito, superando as visões estritamente formais a seu respeito.

Isso quer dizer que, sob a perspectiva neoconstitucional, o poder estatal estará vinculado, não só aos aspectos formais de elaboração das normas jurídicas, mas também aos princípios substanciais consolidados pelas normas constitucionais, transmutando-se, assim, o “Estado Legislativo de Direito” para o “Estado Constitucional de Direito”:

Diante disto, modificam-se as condições de validade das leis, dependentes já não só da forma de produção, mas também da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. A existência (ou vigência) das normas, que no paradigma paleo-juspositivista se havia dissociado da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida, e por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com normas constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade e dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2009, p. 18, tradução nossa)⁷

Essas serão, portanto, as bases que fundamentam o reconhecimento da supremacia material ou axiológica da Constituição, para além da supremacia formal estrita, previamente reconhecida ante a perspectiva jurídico-positiva⁸.

Sendo assim, sob a premissa do neoconstitucionalismo, buscar a validade de determinado diploma infraconstitucional tão somente em sua compatibilidade para com os procedimentos instituídos para sua formação seria o mesmo que considerar o Direito como

⁷ “Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por conseguinte vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”.

⁸ Neste ponto reside a maior crítica levantada em face do positivismo jurídico clássico e da ideia de que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito” (KELSEN, 2009, p. 221). Sobre isso teria dissertado Dworkin “As teorias semânticas do direito consideram que as várias perguntas que identificamos, todas concernentes a exemplos perversos ou por outras razões deficientes do que é o direito no sentido pré-interpretativo, são a mesma pergunta: a pergunta semântica sobre se as regras linguísticas que compartilhamos para aplicar a palavra “direito” incluem ou excluem tais sistemas jurídicos. Trata-se de uma falsa questão, pois não compartilhamos nenhuma regra do tipo que ela pressupõe. Também é uma questão perigosa, pois nos desvia dos problemas relativos à moral política, ao papel e ao poder do direito imperfeito e das autoridades que têm o dever de aplicá-lo, problemas que concentram nosso principal interesse. Ela nos desarma ao anular as distinções sutis e sensíveis ao contexto que nos oferece a rica linguagem do direito. A questão dos sistemas jurídicos perversos não é de modo algum uma questão conceitual no sentido que desenvolvemos como apropriado aos projetos interpretativos. Não constitui uma única, mas muitas perguntas, e todas elas surgem, para a teoria do direito, no nível em que rivalizam as concepções.” (DWORKIN, 1999, p. 134).

mero argumento de autoridade, equiparando-o à Política, e comprometendo, então, a autorreferenciabilidade do sistema jurídico.

Essa ideia destaca a força vinculante e a supremacia da Constituição, que condiciona a validade das leis e diplomas normativos às formas e conteúdos prescritos em suas normas, fazendo com que elas “impregnem” e “invadam” todo o ordenamento jurídico, não apenas em sua construção formal, mas também em seu aspecto substancial.

Este seria, para Riccardo Guastini (2009), o conceito de constitucionalização do Direito, característica imanente ao neoconstitucionalismo. Para o autor, a constitucionalização seria uma questão de grau, sendo que o mínimo de constitucionalização será observado se determinado ordenamento satisfizer pelo menos sete condições necessárias à sua configuração. São elas:

- i. A existência de uma *Constituição rígida*, alterável apenas por procedimentos mais complexos de revisão do que os das leis ordinárias, podendo haver, ainda, em graus maiores de constitucionalização, a existência de cláusulas “imutáveis” ou não sujeitas à “abolição”, como se dá no caso das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, §4º da CRFB/88. Sobre isso, apontamos que essa é a característica de maior destaque na diferenciação entre político e jurídico, não podendo ser sentida da mesma forma nos sistemas de *Common Law* nos quais não haja Constituição Estatal escrita.
- ii. Consolidação de um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, que poderá ser exercido de diversos modos a depender do modelo adotado pelo respectivo Estado. De qualquer forma, tal condição destaca que a *expansão da jurisdição constitucional* é uma das consequências trazidas pela consolidação do neoconstitucionalismo.
- iii. A atitude interpretativa diante das normas constitucionais também é modificada, desaconselhando-se a interpretação restritiva que traz os riscos da discricionariedade irrestrita diante das lacunas inerentes ao sistema, conforme explanado alhures. Assim, para Guastini “[...] a Constituição pode ser interpretada – ou melhor, ‘*sobreinterpretada*’ – de maneira que se extraiam inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política” (GUASTINI, 2009, p. 54, tradução

nossa)⁹. Nesse caso, em tese, não haveria espaço vazio que pudesse escapar ao controle de legitimidade constitucional. Por mais radical que pareça esta ideia, é necessário ressaltar que ela é de grande pertinência quando se avalia, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda deixa de entrar no mérito de questões constitucionais e de repercussão social pelo uso do argumento segundo o qual estas seriam meras *political questions*, as quais deveriam ser dirimidas apenas no palco parlamentar. Posturas como estas reduzem a eficácia vinculante das normas constitucionais, inferiorizando o grau de constitucionalização do Estado brasileiro como se verá mais adiante.

- iv. Pela condição da *aplicabilidade direta* das normas constitucionais, extrai-se que sua função não é somente a de regular a vida estatal e limitar o poder político, mas também a de incidir nas relações entre particulares, reconhecendo-se que as Constituições terão a função de “moldar” as relações sociais estabelecidas. Essa característica é chamada pela doutrina de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* a qual, por questões de recorte epistemológico, não será aprofundada neste estudo.
- v. Admitindo-se que determinado diploma legislativo tenha interpretação polissêmica, recomenda-se prioritariamente, por meio desta condição, que se mantenha o diploma normativo no ordenamento ao invés de declará-lo inconstitucional, restringindo-se apenas sua interpretação àquela que for *conforme a Constituição*, de modo a manter a harmonia e a unidade do ordenamento, sem a necessidade de ferir o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos.
- vi. Pela condição da *influência constitucional sobre as relações políticas*, destaca-se que esta última pode ser sentida tanto quando os atores políticos utilizam dos fundamentos constitucionais para justificar suas ações e decisões, como quando os órgãos jurisdicionais (e em especial o Tribunal Constitucional) se envolvem em questões de repercussão política, devendo controlar a atuação dos demais órgãos de poder em aplicação de princípios como igualdade e razoabilidade. Este tema será abordado quando questionarmos em tópico específico sobre a possibilidade de aplicação dos

⁹ “[...] la Constitución puede ser interpretada – o, más bien, ‘sobreinterpretada’ – de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”

preceitos da “judicialização da política” ao âmbito da jurisdição constitucional.

- vii. A condição da *força vinculante da Constituição* relaciona-se à existência de princípios gerais e conteúdos programáticos, de aplicabilidade não imediata e que necessitam de complementação e implementação por parte dos legisladores, juízes e órgãos do Estado em geral. Isto, no entanto, não pode significar que tais normas tenham valor meramente simbólico, ou que sejam meros “manifestos políticos”. Sua simples presença no texto constitucional já é capaz de produzir efeitos jurídicos vinculantes.

Sobre esta última condição, é possível vislumbrar que o fenômeno da constitucionalização acaba por exercer força condicionante não só sobre as funções legislativa e regulamentar, como já se encontra assente pela maior parte da doutrina, mas também diante das funções governamentais e jurisdicionais, uma vez que as normas constitucionais, sob a luz deste novo paradigma, terão efeito expansivo como destacado por Luís Roberto Barroso:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. (BARROSO, 2007, p. 13)

O cumprimento ótimo de tais tarefas pelo Poder Público deve ser considerado como objetivo máximo do Estado, sendo que posturas negligentes devem ser contidas por serem esses não apenas poderes, mas sim *deveres institucionais* estabelecidos pelas normas da Constituição.

Neste particular, vislumbra-se que é na própria Constituição e em sua supremacia, formal e material, que a jurisdição constitucional buscará não somente sua fonte de legitimidade para atuar, mas também se verá obrigada a agir quando estiver diante de questões que envolvam a garantia, a proteção e o fomento dos direitos fundamentais.

A vinculação do Poder Judiciário e do Tribunal Constitucional a estes princípios pode ser destacada ainda da seguinte passagem:

Uma Constituição, portanto, só cumprirá fielmente a sua função motivadora, ordenadora e conformadora da vida do Estado e da Sociedade, desde quando se transformar em *força ativa*, e isso só será possível no momento em que os partícipes do processo político-constitucional – sobretudo o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional – se conscientizarem do seu papel de tutores das expectativas sociais e, com *vontade de Constituição*, fizerem do texto magno – [...] – uma realidade viva e democrática. (CUNHA JR., 2008, p. 49)

Sendo assim, as mudanças de paradigma trazidas pelo neoconstitucionalismo e pelo pós-positivismo jurídico trouxeram os fundamentos teóricos para a afirmação da hipótese de que a jurisdição constitucional deve ser coprotagonista no papel de salvaguardar direitos fundamentais por meio dos instrumentos processuais e técnicas decisórias a si atribuídas.

Assim, deverá a Suprema Corte buscar na acepção material dos princípios e regras extraídos da Constituição, justificativa para suas decisões, fundamentando no dever de proteção e fomento dos valores constitucionais a emissão de decisões que possam envolver a relação de controle travada entre as instâncias do poder público.

Em verdade, o que não se pode admitir é que os destinatários dos direitos fundamentais fiquem a descoberto pela não adequação do texto constitucional à complexa e problemática realidade social do Estado brasileiro.

Com esses fins é que se procede à análise das concepções procedimentalista e substancialista de aplicação das normas constitucionais, estabelecendo-se relação entre essas duas teorias, de forma a demonstrar que, apesar da contra-argumentação doutrinária, não haverá que se falar em relação de contraposição entre elas, já que os direitos fundamentais e o princípio democrático devem se relacionar de maneira contingente na forma como se expõe a seguir.

3 DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O APARENTE EMBATE CONSTRUÍDO EM TORNO DO PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Democracia em ciência política é considerada como forma de governo ou modalidade de regime político na qual “[...] a todo cidadão é lícito fazer o que quer” (ABBAGNANO, 2000, p. 487). Quando exercida de maneira ótima, é o fundamento e ponto de partida para toda e qualquer atividade estatal, tendo como objetivo principal a formação de diplomas normativos que sejam a expressão do pacto intersubjetivo estabelecido entre os participantes da comunidade política. Daí surge o Direito institucionalizado e dá-se ensejo ao processo de aplicação das leis por meio dos órgãos que também são criados pelo regime democrático.

Pela perspectiva clássica, a democracia representaria o governo da maioria, sendo seu valor maior o princípio da liberdade. Esta é uma visão na qual prepondera o critério quantitativo, já que para seus defensores “[...] o direito ou a justiça, em um Estado Popular, consiste em observar a igualdade com relação ao número, e não com relação ao merecimento” (ARISTÓTELES, 2001, p. 212-213).

Embora a liberdade represente direito fundamental basilar, a ideia irrestrita de garantir a todo cidadão fazer o que bem lhe convier acaba por esbarrar no atributo da relatividade dos direitos fundamentais, o qual impõe a necessidade de os princípios fundamentais serem interpretados de maneira holística e harmônica, ainda que confrontados com outros direitos de natureza também fundamental.

Isto acontece porque as chamadas dimensões de direitos fundamentais representam a afirmação cumulativa de valores da ordem democrática, e o reconhecimento gradual de novos direitos fundamentais leva ao estabelecimento de uma relação de *complementaridade* entre eles (CUNHA JR., 2015). Esta também é uma conclusão derivada do chamado *princípio da unidade* da Constituição, que se aplica, de maneira reflexa, aos direitos fundamentais dela extraídos.

Quando se admite que ao princípio da liberdade se agreguem outros tantos direitos fundamentais, a exemplo do direito à igualdade, começa-se a se questionar, então, quais seriam os limites da atuação do “governo da maioria”, e qual seria a extensão do seu poder para emitir diplomas normativos que afetarão a vida e as relações sociais não só daqueles que com eles concordam, mas também das minorias e grupos sem representatividade política para serem integralmente atendidos pelas decisões democráticas.

Esse problema foi invocado pela doutrina de Alexander Bickel (1962 apud FARBER; SHERRY, 2008) quando este dissertou sobre o chamado “dilema contramajoritário”, ou “tensão lincolniana” existente entre princípios, de um lado, e consenso, de outro, para justificar a base de atuação do Poder Judiciário no exercício do *judicial review*.

Sobre isso, Farber e Sherry (2008) reproduzem a ideia de Bickel ao expressar que a referida construção se expressaria pela seguinte pergunta: “Em que extensão a legitimidade de um governo democrático reside no consenso do povo e em que extensão na justiça expressada pelos princípios fundamentais que reconhece?” (FARBER; SHERRY, 2008, p. 24, tradução nossa)¹⁰.

Os autores destacam que a indagação originalmente formulada por Bickel teria sido, por muito tempo, interpretada de maneira distorcida por acadêmicos do constitucionalismo, que embasariam o dilema contramajoritário em três premissas: (1) a de que em uma democracia constitucional a autoridade das decisões políticas residiria apenas na vontade da maioria dos cidadãos, sendo que esta atividade deveria ser reservada a órgãos que fossem popularmente responsabilizáveis; (2) a de que o Congresso seria um órgão popularmente responsabilizável; (3) e a de que a Suprema Corte não seria um órgão popularmente responsabilizável (FARBER; SHERRY, 2008).

Tais premissas, no entanto, poderiam ser consideradas inaplicáveis, uma vez que adotar tal pensamento implicaria reduzir a democracia à mera representatividade eletiva, olvidando-se que a construção das leis e atos normativos devem obedecer a certos parâmetros determinados pela Constituição e pelos valores comunitários nela expressos, sob pena de império de uma indesejável “supremacia parlamentar” ou “tirania executiva”, como já demonstraram diversos capítulos da história da humanidade.

Ultrapassando esta interpretação inicial do conceito *sub oculi*, Juan Carlos Bayón (2009) define que a “objeção contramajoritária”, presente na ideia do controle judicial dos atos do Poder Público, adotaria duas formas fundamentais: (i.) a primeira delas seria a ideia de *primazia constitucional*, segundo a qual “[...] se a democracia é o método de tomada de decisões pela maioria, a primazia constitucional implica precisamente restrição ao que a maioria pode decidir” (BAYÓN, 2009, p. 214)¹¹; (ii.) a segunda relaciona-se à indagação sobre a legitimidade de juízes não submetidos ao princípio eletivo e nem politicamente

¹⁰ “To what extent does the legitimacy of a democratic government rest on the consent of the people, and to what extent does it rest on the rightness of its core principles?”

¹¹ “[...] si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir”

responsáveis para invalidar as decisões do legislador democrático ou suplantar suas negligências inconstitucionais através do exercício do controle de constitucionalidade.

A primeira forma fundamental de objeção contramajoritária encontra-se justificada quando se reconhece que os valores incorporados nas Constituições sob a forma de direitos fundamentais devam ser preponderantes às movimentações casuísticas da política, devendo ser considerados como elementos norteadores de atuação de todas as instâncias do Poder Público, a despeito da temeridade em manter-se ou não o mandato dos representantes escolhidos diretamente pela população, motivação esta que inevitavelmente governa as instituições regidas pelo princípio eletivo.

Sendo assim, as decisões democráticas, ou, mais precisamente, aquelas tomadas pelos órgãos eletivos, não poderiam estar em desacordo com as prescrições constitucionais, sobretudo quando levado em conta seu atributo da primazia.

Por isso é que se diz que quando o juiz constitucional invalida determinada “decisão democrática” por violação às prescrições constitucionais ele não estará fazendo mais que exercendo a vontade exposta pelo Poder Constituinte, o que não deixa de ser uma forma de expressão do princípio democrático, não havendo que se falar, pois, em conflito entre democracia e direitos fundamentais sob esta égide.

Considerando a relação estabelecida entre democracia e direitos fundamentais, e a legitimidade de atuação das instituições do Estado, e de maneira mais precisa, da Justiça Constitucional, a doutrina construiu duas teorias que tentam explicar e estabelecer os limites de aplicação e interpretação das normas constitucionais de acordo com a concordância desses dois primeiros conceitos nos casos que são resolvidos no âmbito da jurisdição constitucional.

Nesta seara, surgiram as teorias do procedimentalismo e do substancialismo com funções de explorar ideias relacionadas tanto à concepção sobre a Constituição e ao papel que ela exerce numa comunidade política quanto à extensão e os limites da atuação da jurisdição constitucional e seus parâmetros. Em outras palavras:

Em que pese a diversidade das propostas teóricas, afirma-se que aquelas denominadas de *procedimentalistas* têm em comum o fato de conceberem a Constituição como resultado de um procedimento superior qualificado formalmente, cujo papel consiste em estabelecer as múltiplas formas procedimentais de autorregulação social, pelo que se designa à jurisdição constitucional um papel de garantidora de tais procedimentos democráticos. As correntes *substancialistas*, por sua vez, compreendem a Constituição como uma ordem de valores comunitários que direcionam todo o agir dos poderes públicos e também dos particulares e, em caso de violação ou omissão dos preceitos constitucionais, defende-se que a atividade da jurisdição constitucional seja eminentemente concretizadora destes. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 23, grifo nosso)

Assim, para a corrente procedimentalista, toda e qualquer decisão tomada em sede de jurisdição constitucional se legitimaria a partir da observância aos procedimentos democráticos escolhidos pelo Constituinte originário e derivado. Isso significa que, para essa corrente, o papel da Suprema Corte seria tão somente o de revelar o direito a partir da perspectiva política originária imposta pelos fundadores da Constituição.

A corrente procedimental oferece com isso crítica ao “[...] intervencionismo constitucional na regulamentação dos diversos âmbitos da vida comunitária como a atuação jurisdicional interventiva” (ESPINOZA-ECHAIZ, 2009, p. 74), acreditando que comportamentos desta monta retirariam da população o poder de tomar suas próprias decisões no curso da vida em sociedade.

Sendo assim, é possível concluir, de uma análise rasteira, que, para a vertente procedimentalista, a guarda dos procedimentos democráticos seria a principal atribuição da Constituição. Dito isso, não poderia o juiz constitucional avançar em interpretações que ultrapassassem os limites daquilo que estivesse claramente preestabelecido por este corpo de normas vetor do ordenamento.

Acontece que, a complexidade dos fatos sociais e a abertura inerente do sistema constitucional, conforme amplamente debatido no capítulo anterior, invocam a necessidade de utilização de técnicas substancialistas de interpretação e aplicação das normas constitucionais, principalmente quando o objetivo de tal operação for o fomento e a implementação dos direitos fundamentais.

Esta tarefa só poderá ser realizada caso se admita a necessidade da inserção da visão substancialista em torno das funções da jurisdição constitucional, sendo este o ponto-chave de defesa deste trabalho. Sobre esta necessidade de recurso aos valores substanciais no exercício da jurisdição constitucional, leciona Bayón:

Não pretendo dizer que *todos* os casos constitucionais concebíveis sejam casos difíceis: mas sim me parece correto assumir – como faz Dworkin (1996, 2-4) – que, dado que os preceitos constitucionais que declaram direitos básicos estão ordinariamente formulados em termos consideravelmente vagos e abstratos, sua aplicação faz *inevitável* uma “leitura moral” dos mesmos. E se isso se admite, creio que haja razões para levar a sério as dúvidas sobre a justificação do controle jurisdicional e constitucionalidade implantadas pela objeção contramajoritária. E mais ainda quanto maior seja a rigidez da Constituição: porque se o procedimento de reforma constitucional é tão exigente que, na prática, sua colocação em marcha é inviável, então os juízes constitucionais têm *de fato* a última palavra sobre o conteúdo e alcance dos direitos básicos. (BAYÓN, 2009, p. 215, tradução nossa)¹²

¹² “No pretendo decir que todos los casos constitucionales concebibles sean casos difíciles: pero sí me parece sustancialmente correcto asumir – como hace Dworkin (1996, 2-4) – que dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos

Tendo isto em mente, é preciso salientar que as teorias analisadas, embora sejam costumeiramente definidas como contraditórias, a nosso ver, não guardariam necessariamente relação de incompatibilidade, sendo possível agregar valores substanciais à postura procedimental, desde que esta atitude tenha o condão de aperfeiçoar a atividade da Corte Constitucional em termos de proteção e fomento de direitos fundamentais.

Isto porque a democracia, como objeto primeiro de proteção do procedimentalismo, também deve ser considerada como forma de expressão do direito fundamental à liberdade de escolha e do poder de fazer-se representar no âmbito da comunidade política.

Como direito fundamental que o é, a prerrogativa do exercício democrático não poderá existir isoladamente, mas *coexistirá* junto a tantos outros direitos fundamentais, inclusive aqueles de cunho social e de repercussão econômica, os quais muitas vezes deixam de ser tutelados por entraves políticos e pela influência do poder econômico na construção legislativa do país, sendo estes fatores aqueles que mais costumeiramente levam à corrupção sistêmica do Direito.

Nesse esteio, é cediço que no contexto brasileiro impera hoje vergonhosa negligência estatal no que tange à garantia de direitos ao mínimo existencial e ao cumprimento de promessas constituintes como o direito à saúde, à educação, ao trabalho digno e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, é necessário compatibilizar a defesa procedimental do princípio democrático com as ações de efetivação dos direitos fundamentais pela via judicial.

Diante disso, reconhecer a compatibilidade e a complementaridade entre procedimentalismo e substancialismo, democracia e direitos fundamentais, representaria diminuição do risco de aceitação de posturas negligentes dos Poderes Públicos, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, atue como minimizador dos problemas de ineficiência do Estado brasileiro e potencializador da concretização dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, demonstra-se que o aparente embate criado em torno das teorias do procedimentalismo e do substancialismo dá-se principalmente em virtude da temeridade de que esta última possa representar risco de atuação arbitrária por parte do Poder Judiciário.

considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente inevitable una 'lectura moral' de los mismos. Y si esto se admite, creo que hay razones para tomar en serio las dudas sobre la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad planteadas por la objeción contramayoritaria. Y más aún cuanto mayor sea la rigidez de la Constitución: porque si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tiende de facto la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos"

A objeção a isto, além de jusfilosoficamente já explorada no capítulo anterior, também será disposta nos tópicos a seguir, a partir de uma análise de direito comparado, de maneira a firmar posição sobre a possibilidade e, acima de tudo, sobre a necessidade de adoção de postura complementarmente substancialista por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Para isso, descortinam-se adiante as diferentes formas de apresentação do procedimentalismo e seus pontos de fundamentação na doutrina estrangeira, justificando-se que as diferenças contextuais existentes entre Brasil e Estados comparados demonstram que as finalidades do substancialismo se fazem de grande importância para a modificação da realidade conjuntural hoje vivenciada em nosso Estado Democrático Constitucional de Direito.

3.1 TEORIAS PROCEDIMENTAIS

Como referido anteriormente, quando se fala da relação estabelecida entre Direito e Política, e da forma como a jurisdição constitucional atuará diante do princípio democrático e dos direitos fundamentais, surgem as teorias do procedimentalismo e do substancialismo, cada qual dando preponderância a um desses aspectos da realidade constitucional.

Geovani Mori Peixoto (2012) explica o conceito de procedimentalismo nos seguintes termos:

A corrente procedimentalista para fazer a distinção entre política e direito, parte da “ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”, que, por sua vez tem a função, de por intermédio do discurso, distinguir a interpretação jurídica da política. [...] Nessa senda o que passa a interessar e dominar o debate jurídico (...), não é o conteúdo do debate, mas a existência de procedimentos, de natureza democrática, que garantam a consecução das tomadas de decisão dentro do Estado (nesse caso independe de ser jurídica ou política, aplica-se a ambas as esferas). Esse é um “modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”. (PEIXOTO, 2012, p. 197)

Destarte, o que importaria para o procedimentalismo em suas origens é que as decisões fossem tomadas em estrita consonância com os procedimentos democraticamente estabelecidos para que se reputassem acertadas.

Assim, para aferir a legitimidade da decisão judicial importaria apenas a verificação de sua vinculação à conformidade e à observância das regras procedimentais determinadas pelo

ordenamento e pelas normas constitucionais, colocando-se em segundo plano seu conteúdo material, já que esse derivaria inevitavelmente do acerto da discussão processual.

As justificativas para isto seriam as forças sociais cambiantes e o pluralismo da sociedade, que, em tese, impediriam a previsibilidade de as decisões substanciais se reputarem determinantemente acertadas em torno da Constituição. Sobre o assunto, leciona Ana Paula de Barcellos:

Já que não é viável concluir, sob uma perspectiva comum a todos, que determinada solução é materialmente boa ou justa, tudo o que se pode pretender é a existência de um procedimento para a tomada de decisões que, por suas características, ainda que apenas formais, possa legitimar as decisões que venham a ser apuradas. Ou seja: como não se pode controlar o resultado produzido ao final desse procedimento, uma vez que isso exigiria um juízo de natureza material, os autores, a partir de diferentes pressupostos e com propósitos igualmente diversos, ocupam-se de discutir modelos procedimentais, suas características, seus pressupostos e as condições necessárias para seu desenvolvimento. (BARCELLOS, 2005, p. 262)

É preciso destacar, no entanto, que esta visão estrita não é a única forma de procedimentalismo construída, uma vez que a teoria é defendida por doutrinas constitucionais de diversas frentes, havendo vertentes de pensamento na literatura forânea que a explicam a partir de diferentes perspectivas, a depender do contexto jurídico e político do ambiente constitucional em que se insere.

De qualquer forma, independentemente de onde se formem tais derivações, é possível perceber que todas elas convergem para uma mesma ideia: a de que a partir do paradigma procedimentalista o que se colocaria, em primeiro lugar, seria a proteção das condições do procedimento democrático (HABERMAS, 1997b).

Para fins de recorte epistemológico, elegemos, então, dois países que, por terem sido solo de fecundação dos dois grandes modelos de controle de constitucionalidade - difuso e concentrado, foram palco de criação de fortes influências na construção do pensamento jurídico procedimentalista: Estados Unidos e Alemanha.

Serão analisadas, então, as correntes procedimentalista norte-americana e a alemã, de maneira a se destacar aspectos de adaptação de ambas ao contexto brasileiro, ressaltando-se também os pontos de insuficiência de cada caso particular.

Desta forma, será exposto que, enquanto no primeiro modelo é possível perceber que o procedimentalismo sofre a influência de contornos próprios da configuração do Estado norte-americano, na segunda, pode-se considerar até mesmo uma maior aproximação ao substancialismo, o que servirá de base para a defesa da abertura substancial da jurisdição constitucional brasileira, como se fará expor no derradeiro item deste capítulo.

3.1.1 Procedimentalismo norte-americano

Para esmiuçar as características do procedimentalismo norte-americano, é preciso entender, primeiramente, a maneira como funciona o ordenamento jurídico daquele país, a composição de sua Carta Constitucional e a forma de organização e atuação de sua Suprema Corte, órgão responsável por dar a última palavra em termos de interpretação e aplicação da Lei Maior nos Estados Unidos da América.

Inicialmente, é preciso destacar que, por inspiração do colonialismo inglês, a atuação do Judiciário americano apresenta traços marcantes do *Common Law*, no qual os precedentes judiciais exercem papel de protagonismo na formulação do pensamento jurídico¹³.

Sendo assim, a maioria das referências doutrinárias deste país utiliza-se de exemplos práticos e casos paradigmáticos no intuito de defender determinado ponto de vista no âmbito da aplicação das leis de seu ordenamento.

No que tange à norma vetor daquela ordem jurídica, a Constituição norte-americana de 1787 é escrita e do tipo sintética, não se aprofundando na descrição de direitos fundamentais, mas ressaltando a formação e as atribuições das instituições do Poder Público, o que pode ser comprovado a partir do momento em que se considera que sua versão original teria apenas sete artigos de conteúdo majoritário sobre a forma de organização política do recém-criado Estado Federal Norte-Americano.

De uma rápida análise da Carta original de 1787 é possível perceber que a maioria das prescrições originárias da Constituição norte-americana se referia à forma de funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Apenas em algumas partes é possível perceber a referência aos direitos fundamentais do cidadão, a exemplo das prescrições da Seção 9, no Artigo I, as quais dispunham sobre direito à migração, *habeas corpus* e sobre os limites ao poder estatal de tributar¹⁴.

¹³ Sobre isso Scalia leciona que os estudantes nas faculdades de Direito norte-americanos aprendem logo em seu primeiro ano de estudo mais sobre as opiniões judiciais expressadas nos casos paradigmáticos que pela leitura das leis promulgadas ou da doutrina que discipline sobre elas: “This is the image of the law – the common Law – to which an aspiring American lawyer is first exposed, even if he has not read Holmes over the previous summer as he was supposed to. He learns the law, not by reading statutes that promulgate it or treatises that summarize it, but rather by studying the judicial opinions that invented it” (SCALIA, 1998, n.p).

¹⁴ “The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person; The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it. No Capitation, or other direct, Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or enumeration herein before directed to be taken.” Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2017.

Essa observação também foi feita por Ely (2010, p. 122), quando este apontou que “[...] a Constituição original [norte-americana] tratava principalmente – de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar valores substantivos específicos”.

Apesar disso, desde o início da sua vigência, a Constituição norte-americana não sofreu muitas modificações, tendo sido inseridas, de lá para cá, apenas 27 (vinte e sete) emendas em seu texto, o que já pode ser apontado como ponto de diferenciação, para com a atual Constituição brasileira, que, apesar de promulgada em 1988, só até o fim do ano de 2016, já contava com 95 (noventa e cinco) emendas constitucionais.

Necessário destacar, ainda, que tais emendas à Constituição norte-americana tiveram o condão de alargar o rol de direitos fundamentais reconhecidos naquele Estado, sendo que as dez primeiras emendas são até hoje conhecidas como a “Carta de direitos norte-americana”, ou, *Bill of Rights*.

Apesar de ser uma compilação de direitos fundamentais da pessoa humana, é preciso destacar que, tanto o conteúdo do *Bill of Rights*, quanto os direitos previstos nas demais emendas à Constituição norte-americana possuem caráter marcadamente individual, preponderando os direitos à liberdade e à proteção dos particulares em detrimento do reconhecimento de direitos difusos e sociais, relegados naquele país ao poder regulamentar e administrativo de agenciamento. Sobre isto, veja-se:

Como mencionei, a mais profunda violação dos direitos humanos permitida pela Constituição original, a *escravatura*, só foi corrigida quando da adoção da Décima Terceira, Décima Quarta e Décima Quinta Emendas, entre 1865 e 1870. Em 1913, a Décima Sexta Emenda deu ao Congresso o poder de estabelecer e coletar *impostos sobre a renda*. A *eleição de senadores dos Estados Unidos* pelas assembleias legislativas estaduais abriu caminho enfim para a eleição direta com a aprovação da Décima Nona emenda, em 1919. Apesar de haver fracassado o esforço de acrescentar uma Emenda sobre Igualdade de Direitos, a Décima Quarta Emenda foi interpretada, posteriormente, como fornecendo uma base constitucional para se eliminar a *discriminação* das mulheres, bem como de certas minorias cujos membros sofriam práticas discriminatórias. O iníquo *imposto eleitoral*, que havia continuado a impedir os afro-americanos de votar em algumas áreas do Sul, foi finalmente proibido em 1964 pela Vigésima Quarta Emenda. Por último, num gesto em direção a um eleitorado mais inclusivo, a Vigésima Sexta Emenda, em 1971, reduziu a *idade eleitoral* para 18 anos. [...] Como observou Alan Grimes, alguns anos atrás, entre as 26 (hoje 27) emendas feitas a elas, “Pode-se dizer que vinte e uma emendas afirmam o princípio dos direitos democráticos ou o dos processos democráticos”. (DAHL, 2015, p. 34-35)

Essa deve ser uma característica a se observar quando da análise comparada entre o constitucionalismo norte-americano e o brasileiro. A nossa atual Constituição, além de todos estes direitos individuais, elenca já de forma positiva vasto rol de direitos fundamentais de diversas dimensões e naturezas, para além das liberdades cívicas previstas na Constituição

norte-americana. No Brasil, a própria Constituição reconhece a existência de direitos que demandam efetivo agir do Estado, e não só sua abstenção, diferentemente do que se dá no caso norte-americano.

A preponderância da defesa dos direitos civis e individuais, portanto, mostra-se como marcada característica que reflete também em sentido na atuação da Suprema Corte daquele país. Como dito por Habermas “[...] a discussão americana sobre a constituição desconhece a oposição entre direito subjetivo e objetivo” (HABERMAS, 1997a, p. 325). Prova disso é o fato de o controle de constitucionalidade do modelo norte-americano ser de natureza difusa, não sendo a apreciação da validade e conformidade das leis e atos normativos uma tarefa adstrita à *Supreme Court*, mas exercida por todo e qualquer juiz de Direito.

Nessa linha de raciocínio, é preciso atentar para o fato de que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além de atuar nos casos de controle difuso, também se debruçará na apreciação de questões do controle abstrato, ultrapassando, portanto, a esfera da jurisdição dos direitos subjetivos para avaliar também os deveres objetivos a eles interligados. Esta deve ser apontada como mais uma característica diferenciadora para a qual se deve atentar quando da aplicação das teorias procedimentalistas norte-americanas ao caso brasileiro¹⁵.

Analisado, então, o cenário constitucional da jurisdição norte-americana, é necessário partir para a contextualização deste com a teoria procedimentalista de interpretação e aplicação da Constituição daquele Estado.

Sendo assim, é preciso destacar que a defesa originária do procedimentalismo pelos autores norte-americanos guarda intensa relação com o desenvolvimento de duas correntes hermenêuticas denominadas de “interpretacionismo” e “não interpretacionismo”, diferenciadas da seguinte forma:

A corrente interpretativista nega qualquer possibilidade de o juiz, na interpretação constitucional, criar o Direito, indo além do que o texto lhe permitir. Para esta corrente, que se fundamenta no princípio democrático, o juiz tem por limite a textura semântica e a vontade do legislador, devendo apenas captar e declarar o sentido dos preceitos expressos no texto constitucional, sem se valer de valores substantivos, sob pena de se substituir as decisões políticas pelas decisões judiciais. Já a corrente não-interpretativista defende um ativismo judicial na interpretação da Constituição, proclamando a possibilidade e até a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade. Ora, para esta corrente,

¹⁵ Apesar disso, é de se destacar que existe a possibilidade de aplicação *erga omnes* das decisões obtidas em sede de controle difuso de constitucionalidade por aplicação do instituto do *stare decisis* sob o manto do qual “[...] a Suprema Corte desempenha um papel determinante e hegemônico no domínio do sistema da *judicial review of legislation*, haja vista que lhe cumpre, [...] a *última e definitiva voz a respeito das questões constitucionais do país*. A consequência prática disto, de onde o sistema haure a sua funcionalidade, é que mesmo decidindo um caso concreto, as decisões da *Supreme Court* produzem eficácia *erga omnes*, vinculando a todos” (CUNHA JR., 2015, p. 229-230, grifo nosso).

cumpra ao juiz concretizar todos esses valores constitucionais, por meio de uma interpretação substancial da Constituição, que é composta, como cediço, por inúmeros princípios jurídicos abertos. (CUNHA JR., 2015, p. 168)

Confrontando as ideias acima descritas com os conceitos apresentados no item capitular deste tópico, seria possível estabelecer relação de justificação entre as ideias do interpretacionismo e do procedimentalismo, entendendo-se que qualquer referência decisória no âmbito da jurisdição constitucional deveria ser dada a partir daquilo que está imediatamente escrito na Constituição.

Dois expoentes radicalmente filiados a este primeiro pensamento seriam os juízes Robert Bork (1971), para quem a atuação da Corte Constitucional deveria se restringir à aplicação de princípios derivados da *neutralidade*, e Antonin Scalia (1998), filiado à corrente interpretativista textualista, sendo ambos os doutrinadores representantes do chamado *originalismo*.

Nessa linha de raciocínio, Bork (1971) defende a importância de se tutelar o *princípio da neutralidade*, demonstrando preocupação de que a falta de “um critério efetivo” pudesse colocar em risco a concepção de Constituição, de modo a que seu sentido fosse livremente modificado a partir dos câmbios de composição da Suprema Corte norte-americana. Assim, leciona:

Isso significa que a escolha de “valores fundamentais” pela Corte não pode ser justificada. Onde a matéria constitucional não especifica claramente o valor a preponderar, não há maneira principiológica de preferir qualquer valor humano reconhecido em detrimento de outro. O juiz deve ater-se ao texto e à história, a suas implicações específicas, e não construir novos direitos. (BORK, 1971, p. 8, tradução nossa)¹⁶

Também seguindo a linha do originalismo, determinando como norte da interpretação das leis e da Constituição o significado original do texto, está o *Justice Scalia* (1998), para quem o Direito não pode ser o que juízes não eleitos decidam que seja, não sendo, a seu ver, compatível que as leis sejam “livremente formuladas” pelo aplicador do Direito.

Sendo assim, percebe-se modalidade conservadora de procedimentalismo por parte do *Justice Scalia* quando este rejeita a ideia da “*Living Constitution*”, que seria aquela que cresce e se transforma de tempos em tempos, de maneira a atender às necessidades de uma sociedade intermitentemente cambiante. *Scalia* (1998) revela que a asserção da “Constituição viva” não

¹⁶ “It follows that the choice of ‘fundamental values’ by the Court cannot be justified. Where constitutional materials do not clearly specify the value to be preferred, there is no principled way to prefer any claimed human value to any other. The judge must stick close to the text and the history, and their fair implications, and not construct new rights.”

seria nada mais que uma maneira de criar a lei, e não uma maneira de interpretar o texto jurídico prévia e democraticamente adotado.

Já em posição mais moderada e tendente à superação da radical divisão entre “interpretacionismo” e “não interpretacionismo”, John Hart Ely (2010) profere críticas a ambas as vertentes. O autor aponta que as teses comportariam riscos de arbitrariedade caso consideradas as prerrogativas que cada uma confere à atividade jurisdicional.

Ele obtempera, em primeiro plano, que as teorias interpretacionistas seriam “sedutoras” por comportar uma visão que mais se aproxima do senso comum e que vê na figura do juiz um mero aplicador do Direito (*bouche de la loi*), não se lhe cabendo a atividade de criá-lo, já que esta tarefa estaria adstrita às funções do legislador.

Embora esta ideia melhor se coadune ao princípio democrático por retirar, em tese, das mãos dos juízes o poder de avaliar as decisões tomadas pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, o argumento seria um problema ao reconhecimento do controle judicial de constitucionalidade, o que se agravaria devido ao fato de existir na Constituição, não apenas regras de conceitos cerrados, mas também preceitos abertos que demandariam maior grau de esforço interpretativo por parte do juiz-aplicador do Direito.

A seu ver, a existência dessa abertura inerente, no entanto, não poderia comportar o vício da indeterminabilidade constitucional, a ponto de colocar nas mãos de autoridades não eleitas as escolhas fundamentais da sociedade.

Como referido por Habermas, “[...] o ceticismo de Ely discorda, não somente da jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios” (HABERMAS, 1997a, p. 328). Seria este, então, o principal ponto de crítica feito por Ely (2010) à tese não interpretacionista:

Tudo isso parece nos deixar num impasse. Uma abordagem interpretacionista - pelo menos uma abordagem interpretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas - mostra-se, quando submetida à análise, incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição - uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo -, nada encontramos. Apesar da suposição comum de que essas são as únicas opções, elas não são, pois a imposição de valores não é a única resposta possível à nossa consciência de que a Constituição precisa ser preenchida. (ELY, 2010, p. 97)

Com essas ideias em mente, Ely formula solução alternativa entre estes dois modelos, acreditando que a execução do controle judicial de constitucionalidade deve ser feito com o único objetivo de promover a representação política dos participantes da comunidade, e não

para reafirmar valores implícitos que poderiam ser extraídos do conteúdo aberto da Constituição. Para ele “[...] a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do direito constitucional” (ELY, 2010, p. 117).

Assim, pelo modelo intermediário de Ely, o operador deveria manter-se fiel às promessas instituídas pelos temas mais amplos do documento constitucional, sem buscar a justificativa nas interpretações “subjetivamente” feitas pelo aplicador sobre os valores fundamentais da sociedade. Assim, o seu modelo se afastaria do interpretacionismo clássico por não considerar que as cláusulas constitucionais sejam suficientes em si mesmas.

Apesar disso, é possível perceber maior aproximação de Ely aos termos do procedimentalismo, ainda que de forma mais branda, entendendo o autor norte-americano que a Corte Constitucional deve atuar apenas como ente “reforçador da democracia”, e não “modificador da realidade”, escudando-se nos valores materiais substancialistas apenas em casos de ofensa a minorias, já que esta seria uma maneira indireta de defender-lhes o direito à representatividade democrática.

Dessa maneira, a resistência do autor às formulações axiológicas da Constituição demonstra sua inclinação à tese procedimentalista, já que, a seu ver, a preocupação constitucional deveria estar restrita à justiça procedimental e à garantia de ampla participação dos jurisdicionados em tais processos (ELY, 2010).

Em corroboração a este posicionamento, que coloca os valores substanciais da Constituição em posição subsidiária ao princípio democrático, Bruce Ackerman (2006), apesar de discordar da visão monista de democracia assumida por Ely, defende, por meio do dualismo democrático, que a função dos tribunais teria como elemento essencial a “[...] proteção dos princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a corrosão das elites políticas que falharam na obtenção do sólido apoio popular para suas inovações” (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Para Ackerman, a democracia dualista teria, na rigidez constitucional e na possibilidade de modificação de seus dispositivos apenas em momentos de grande comoção social, a resposta para a necessidade de segurança jurídica diante da abertura material inerente as suas cláusulas, sendo que os diplomas infraconstitucionais poderiam ter seu fundo democrático contestado apenas quando em face de violações diretas a suas prescrições ou nos casos de afronta à representatividade dos grupos minoritários.

Da mesma forma como feito pelo monismo de Ely, esta tese leva os demais valores constitucionais para posição periférica, uma vez que, pelas ideias de Ackerman, também a Constituição dualista seria antes de tudo democrática, levando a função asseguradora de

direitos à posição de acessoriedade.

Esta limitação da doutrina norte-americana diante da visão substancialista da Constituição deve ser analisada ainda com maior ressalva quando Ackerman observa que “Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre na Alemanha [e nesse contexto, também no Brasil], [...]; a Constituição não determina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer” (ACKERMAN, 2006, p. 20).

Esse é um argumento que também pode ser rebatido na própria doutrina constitucionalista norte-americana, a exemplo das lições de Laurence Tribe (2008), para quem a Constituição depende constantemente de fontes extratextuais para ser compreendida, rechaçando-se assim as ideias que indicam que seu sentido estaria exaurido após os denominados “momentos constitucionais”¹⁷.

Por isso concordamos com a doutrina que aponta para os riscos de até mesmo o próprio texto constitucional poder ser interpretado de maneira a violar os valores mais fundamentais por ele expressos. Diante da tessitura aberta dos princípios constitucionais, indaga-se: Deve a Constituição ser interpretada de modo a permitir a perpetração injusta de uma lei? O que acontece quando o ideal democrático coloca em risco até mesmo os valores comunitários mais fundamentais expressos pela Constituição?

Essas questões, a nosso sentir, só podem ser solucionadas caso se admita que a guarda do procedimento democrático não deva ser um empecilho para a realização dos direitos consagrados pela comunidade jurídica através da Constituição. Sendo assim, as diferenças formais, materiais e culturais existentes entre o constitucionalismo norte-americano e o brasileiro colocam em xeque a adstrição restrita das funções da Corte Constitucional brasileira às visões do procedimentalismo norte-americano.

3.1.2 Procedimentalismo alemão: contexto histórico e a construção das concepções sobre a Constituição

Como visto no tópico anterior, enquanto nos Estados Unidos se observou a existência de sistema jurídico pautado nas tradições do *Common Law*, o sistema alemão mais se aproxima das bases romano-germânicas do *Civil Law*, no qual a doutrina e a lei positiva

¹⁷ “A major difference between such scholars’ approaches to this subject and mine is that they focus on the way crucial turning points in our constitutional history (‘constitutional moments’) depend for their legitimacy on sources of Law outside the Constitution’s text, whereas I focus on the way the Constitution at every moment depends on extratextual sources of meaning” (TRIBE, Laurence H. **The invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. E-book: ISBN 978-0-19-530425-1, Part. I.1).

preponderam no raciocínio jurídico em detrimento dos precedentes.

Por isso, podemos dizer que mesmo em não mais se vislumbrando a existência de um modelo puro de fontes no Brasil, uma vez implantado o recente regime de fortalecimento da jurisprudência a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC) (Lei 13.105/15)¹⁸, as características do sistema jurídico alemão de base romano-germânica indicam maior proximidade com o sistema jurídico brasileiro.

Sendo assim, as características do nosso ordenamento, suas prescrições constitucionais, as atribuições da Suprema Corte e os instrumentos de controle de constitucionalidade a ela conferidos se aproximam mais do modelo alemão do que do americano, ainda que se tenha destacado, *a priori*, a influência que o primeiro modelo exerceu e ainda vêm exercendo na forma de atuação da jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, antes de proceder à análise do desenvolvimento das ideias procedimentalistas da doutrina alemã, é necessário apontar para circunstâncias históricas, peculiares da formação deste Estado, que foram determinantes para a construção dos atuais moldes do seu pensamento constitucional.

Para fins de estudo do advento do constitucionalismo alemão tem-se como marco histórico da expressão da vontade constitucional naquele território o despontamento das Revoluções de Março de 1848. Apesar dos esforços revolucionários burgueses daquela insurgência, o poder monárquico, representado pelo rei Frederico Guilherme IV, aprovou em 1850 a primeira Constituição da Prússia como tentativa de abrandar os ânimos agitados daquele movimento.

Nesse contexto, Ferdinand Lassalle (2000) teria alertado para a influência que os aspectos sociológicos exercem na construção do pensamento constitucional de uma nação, tendo atentado para o fato de que uma Constituição escrita não poderá ser duradoura ou bem-sucedida se não refletir “[...] a soma dos fatores reais de poder” (LASSALLE, 2000, p. 40) que lhe derem origem.

Com essa ideia, defendeu a concepção sociológica das Constituições, que pode ser resumida através da seguinte transcrição:

¹⁸ O novo Código de Processo Civil reforçou a ideia de vinculatividade de precedentes no sistema brasileiro, prevendo ao art. 927 que os juízes e tribunais deverão observar, além das decisões em controle concentrado da constitucionalidade e súmulas vinculantes, como já era feito antes, também os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos recursos extraordinários e especiais repetitivos, os acórdãos produzidos em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) pelos demais tribunais, e os incidentes de assunção de competência (IAC).

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. (LASSALLE, 2000, p. 40)

Com este pensamento, Lassalle profere críticas ao sistema de representatividade “democrática” vigente à época na chamada “Liga Alemã”, demonstrando preocupações quanto ao risco de que a Constituição formal/escrita da nação não correspondesse à vontade real e efetiva de um poder inorgânico que fosse maior em número, mas não contasse com a mesma organização e os aparatos com os quais contaria o poder institucionalizado¹⁹.

A constituição antirrevolucionária de 1850, criticada por Lassalle, em virtude da sua não correspondência aos “fatores reais de poder” e por estar imbuída de evidentes interesses monárquicos, foi substituída com a instituição do regime republicano implantado após a derrota do país na Primeira Guerra Mundial em 1918.

Com o novo regime, veio a Constituição Republicana de Weimar de 1919, que é apontada pela história constitucional como um dos marcos da ascensão dos direitos sociais de segunda geração, não só naquele país, mas também em todo o mundo. Em atenção à crise socioeconômica deixada como resquício da Guerra, o novel documento continha em seu bojo prescrições que resguardavam o direito ao trabalho, à educação, à cultura, e à previdência, reorganizando o Estado em função do chamado bem-estar social, ou *Welfare State*.

Esta já poderia ser apontada como a primeira característica a demonstrar a maior aproximação da jurisdição constitucional alemã aos termos do constitucionalismo brasileiro. Isto porque, também no Brasil, desde a Constituição de 1934²⁰, infundiram-se, no Texto Magno, normas de caráter programático que veiculavam a necessidade de garantia dos direitos sociais por meio da atuação positiva do Estado, diferente do que teria acontecido no constitucionalismo estadunidense, onde se reservou à Carta Magna a guarda de valores

¹⁹ Ao se referir sobre a não correspondência entre a vontade real do povo e a vontade da formação das decisões políticas da época, Lassalle aponta que “Por esta estatística eleitoral, vemos que na Prússia existiam 153.808 pessoas riquíssimas que possuíam tanto poder político como os 2.691.950 cidadãos modestos, operários e camponeses juntos, e que esses 153.808 indivíduos de máximos cabedais, somados aos 409.945 eleitores de posses médias que integravam a segunda classe, possuíam tanto poder político como o resto da nação. Ainda mais: os 153.808 grandes capitalistas e somente a metade dos 409.945 membros do segundo grupo dispunham de maior força política que a metade restante da segunda categoria somada aos 2.691.950 eleitores desprovidos de riqueza.” (LASSALLE, 2000, p. 19).

²⁰ Sobre a inserção dos direitos de bem-estar à Constituição Brasileira de 1934 temos que: “Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar [...] Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.” (SILVA, 2001, p. 82).

primordialmente libertários em detrimento das regulações socioeconômicas relegadas à legislação infraconstitucional.

No entanto, ao mesmo tempo em que se consolidavam os direitos individuais (e.g.: extensão do direito ao voto às mulheres), e se reconheciam novos direitos fundamentais de cunho social, a situação de instabilidade econômica e insegurança, causada também por reflexo da Grande Depressão de 1929, levou o Poder Executivo alemão à utilização de instrumentos também previstos naquele mesmo documento para fins arbitrários.

Assim, embora fosse referência em termos de direitos sociais, no aspecto político, a Constituição de Weimar revelou falhas que ensejaram a implantação de um sistema internamente totalitário e humanitariamente desastroso: o regime do nacional-socialismo.

O nazismo foi implantado a partir da utilização de poderes conferidos por esta Constituição ao Executivo, como o art. 25 que permitia que o presidente pudesse dissolver o Parlamento, e o art. 48 que permitia a convocação das Forças Armadas para intervenção nos Estados-Membros alemães (*Länder*). Este fato foi analisado naquele momento histórico por Hans Kelsen da seguinte maneira:

Tal interpretação, permitida pelo teor do art. 48, significaria, porém que a Constituição de Weimar estaria, neste ponto importante, tecnicamente atrás da Constituição de Bismarck; pois, nesta, o art. 19 entrega a decisão sobre a intervenção do *Reich* ao *Conselho Federal*, ou seja, a um órgão cuja composição garante a objetividade num grau superior ao que se pode esperar do presidente do *Reich*, que é antes de mais nada órgão do *Reich* (enquanto entidade parcial). (KELSEN, 2013, p. 98)

Sendo assim, a Constituição de Weimar, apesar de possuir conteúdo material paradigmático em termos de direitos fundamentais, foi utilizada como instrumento institucionalizador de regime totalitário que teria sido, à época, reputado como legítimo em virtude da aplicação restrita das ideias do Estado Legislativo de Direito no qual “[...] a lei e o princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do Direito” (CUNHA JR., 2015, p. 35).

Tal legitimidade teria sido justificada, entre outros argumentos, pela concepção de Constituição como mero instrumento a serviço da política, de acordo com as ideias de Carl Schmitt (2007), o qual teorizou que as cartas constitucionais deveriam ser vistas como documentos *formais* nas quais se registrassem as decisões políticas fundamentais da nação.

Para este autor, também a guarda deste documento seria uma atribuição a ser exercida por órgão investido de natureza política, e, mais precisamente, pelo Poder Executivo, conforme dispõe:

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. [...] Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. (SCHMITT, 2007, p. 232-233)

Todas estas observações demonstram a força que os dispositivos constitucionais exercem na conformação da realidade conjuntural, e que as interpretações e formas de aplicação do seu texto determinam a instrumentalidade da Constituição, de modo que, a depender da perspectiva que se adote sobre ela, esta poderá servir a diversos fins, conforme as intenções das instituições que a operam.

Sendo assim, a herança nazista demonstrou que, apesar de haver vasta gama de direitos fundamentais na Constituição de Weimar, as previsões de prerrogativas institucionais incluídas em seu texto autorizaram, de maneira “legítima”, que um sistema de consequências massivamente fatídicas tivesse sido implantado. E isso se deu em virtude da desconsideração de direitos fundamentais em detrimento das normas de organização e operacionalização do Estado, gerando violação de valores basilares por meio de interpretações menos benéficas aos direitos da pessoa humana.

Em contraposição a isto Hans Kelsen insurgiu-se contra as ideias expostas por Schmitt, defendendo que o papel de “garante da Constituição” deveria ser dado a um órgão colegiado e independente, e não aos exercentes do poder político responsável pela edição dos atos que deveriam ser controlados a partir do parâmetro constitucional.

Não fosse por essa razão, a Constituição Austríaca de 1920 não teria conferido ao Tribunal Constitucional ou *Verfassungsgerichtshof* a atribuição de, com exclusividade, e por meio de uma análise *in abstracto*, exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, conforme inspiração nas seguintes ideias de Kelsen:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria. (KELSEN, 2013, p. 240)

Como se vê, Kelsen avança da concepção *política* trazida por Schmitt para a

concepção *jurídica* de Constituição, segundo a qual, apesar de ainda se dissociar a norma jurídica fundamental de qualquer fundamento sociológico ou filosófico, defende que a tarefa de controlar as leis e atos normativos em abstrato deveria ser exclusiva de um Tribunal Constitucional politicamente independente, e não do Poder Executivo como antes lecionado.

Nesta missão, explica que tal órgão não estaria exercendo uma função jurisdicional em si, mas sim função legislativa “ao contrário”, ou melhor dizendo, o Tribunal funcionaria aí na condição de “Legislador Negativo” (KELSEN, 2013), ideia esta a qual não apoiamos, como será visto adiante.

De qualquer forma, a ideia de dotar um Tribunal Constitucional Federal de atribuições corretivas contra eventuais abusos de poder cometidos no âmbito dos demais poderes foi um dos fatores levados em conta no processo de redemocratização da Alemanha no contexto Pós-II Guerra.

Por isso é que a Lei Fundamental de 1949²¹ consagrou a competência para o controle de constitucionalidade a esta Corte, trazendo à luz a ideia de que a jurisdição constitucional não poderá esquivar-se da responsabilidade de analisar também o *conteúdo* da lei, sob pena de transformar-se “[...] num auxiliar do mero poder” (BACHOF, 2009, p. 77).

Sobre isso, Bachof explicita que “[...] a jurisprudência constitucional pode, ela própria, contribuir em medida considerável para tornar viva a eficácia integradora da Constituição” (BACHOF, 2009, p. 12).

Este é um pensamento que estará presente também nas ideias desenvolvidas por Konrad Hesse, em complementação às concepções constitucionais acima expostas, conciliando a concepção sociopolítica de Lassalle à concepção jurídica das Constituições de Kelsen, em afirmação que entre o documento jurídico e a realidade fática deve haver uma necessária relação de condicionamento recíproco. Nas palavras do referido autor:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem

²¹ A página eletrônica do Congresso Alemão – *Bundestag* – esclarece que a Lei Fundamental de 1949, ou *Grundgesetz*, foi o documento responsável por regular a existência da Alemanha Ocidental do Pós-Guerra, tendo sido licenciada pelos países vencedores Aliados. Em seu texto estão expostas as decisões fundamentais sobre instituições e valores do estado alemão. No seu primeiro artigo, por exemplo, está exposta a garantia da dignidade da pessoa humana, sublinhando-se a vinculatividade jurídica exercida pelos direitos fundamentais. Também o artigo 20 descreve princípios fundamentais desse Estado, a exemplo da Democracia, do Estado Legal e do Estado Social. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/grundgesetz>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2017.

a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15)

Este argumento revelaria a concepção constitucional *cultural*, ideia esta que melhor se ajusta à interpretação do fenômeno constitucional nos termos do neoconstitucionalismo aqui analisado. A concepção cultural alerta para a necessidade de que o documento formal seja ajustado, não apenas *pela* realidade, mas que também exerça força operante *sobre* ela, justificando-se assim as ações de cunho concretista no âmbito do exercício do poder jurisdicional do Tribunal Constitucional que consideramos como sendo não o único, mas um dos mais evidentes “guardiões” da Constituição.

Vale ressaltar, então, que as circunstâncias históricas vivenciadas no contexto alemão permitiram que a ideia do reforço aos direitos fundamentais se desenvolvesse ali de maneira mais profunda que no contexto norte-americano, sendo, por este motivo que as ideias procedimentalistas estudadas sob esta égide melhor se aproximarão da complementaridade substancialista defendida.

Após criar o plano de fundo para a compreensão das teses procedimentais desenvolvidas em torno da jurisdição constitucional alemã e do desenvolvimento teórico das diversas concepções acerca dos papéis da Constituição, necessário se faz prosseguir ao estudo das discussões doutrinárias travadas pelas teorias alemãs de Robert Alexy e Jürgen Habermas em torno da debatida questão de encontro da “resposta correta” para os casos constitucionais difíceis, analisando sua compatibilidade com o princípio democrático e os direitos fundamentais.

3.1.2.1 Robert Alexy: as bases procedimentalistas da ponderação principiológica sob a égide da teoria da argumentação

Na análise das teses jurídicas de Robert Alexy, destacamos, em primeiro momento, a paradigmática obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de 1984. O intuito do jusfilósofo ali seria o de realizar um estudo sobre a natureza jurídica dos direitos fundamentais, levando em consideração sua origem constitucional e a vinculatividade que eles exercem sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Com esse intuito, o autor destacou que esses direitos funcionam como parâmetro para a realização do controle dos entes estatais pelo Tribunal Constitucional. Com base nisso,

Alexy delinea em seu estudo a relação existente entre direitos fundamentais, organização e processo, defendendo, *a priori*, postura procedimentalista de atuação jurisdicional na proteção e fomento dos direitos fundamentais, conforme justifica:

A dogmática dos direitos fundamentais parece ter encontrado, assim, uma “palavra-chave”, que, em primeiro lugar, promete indicar um caminho intermediário entre uma teoria axiológica levada a cabo pelo tribunal constitucional e um deixar-fazer ao legislador, fundamentado em um ceticismo axiológico subjetivista; e que, em segundo lugar, está em harmonia com o espírito de seu tempo; e em terceiro lugar, que leva a um território tão familiar ao jurista, o território do procedimento. (ALEXY, 2008, p. 471)

Com esses argumentos, coloca o procedimento em posição de protagonismo, aduzindo que a garantia dos direitos fundamentais se daria *através* das organizações e ferramentas procedimentais colocadas à disposição do operador por sua internalização junto ao sistema jurídico a partir do exercício democrático.

A teoria concentra esforços, portanto, na análise dos *meios* utilizados e não especificamente no *resultado* obtido, ou nas finalidades da escolha realizada. De sua perspectiva, se o meio utilizado para a decisão for racional, assim também será o resultado obtido.

Tal posicionamento, conforme será visto a seguir, apesar de ser raciocínio que merece complementação, de maneira alguma poderá ser desmerecido, assumindo-se, a partir daí, a importância dos *parâmetros mínimos de racionalidade dos métodos* para formar a base de atuação da jurisdição constitucional.

Dessa maneira, concordamos com Alexy ao defender o procedimentalismo “de partida”, uma vez que os métodos ou grupos de regras procedimentais explorados pelo autor indicariam o norte para a construção da decisão racional.

No entanto, em virtude da natural abertura semântica das prescrições de direitos fundamentais, os métodos argumentativos precisariam ser complementados pelo esforço interpretativo do aplicador, o que se sente com maior força em certos casos sensíveis ou *hard cases*, conforme explanado alhures.

Assim, Alexy (2008) desloca a preocupação com a abertura semântica dos direitos fundamentais para o âmbito das “justificações” – externa e interna – para sua aplicabilidade. Assim, constrói os chamados *métodos racionais* de aplicação com fins de minimização dos riscos desta imanente abertura do sistema jurídico.

Nesta seara, elenca a existência de seis grupos de regras ou formas procedimentais idealizados para explicar a aplicação do discurso prático racional ao discurso jurídico: a) as

regras fundamentais; b) as regras da razão; c) as regras sobre a carga da argumentação; d) as formas específicas de argumento do discurso prático; e) as regras da fundamentação e f) as regras de transição (SOARES, 2010a).

Derivando também deste critério de racionalidade prática, Alexy formula a técnica da *ponderação de princípios* levando em consideração as seguintes características:

(1) A de que todos os princípios encerrariam um “mandado de otimização” ou *Optimierungsgebot*, o que requereria que eles fossem cumpridos da maior e melhor maneira possível nos limites das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2008);

(2) A de que inexistiria relação de primazia entre estes princípios, uma vez que eles poderiam conflitar mesmo quando considerados em sua forma abstrata (ALEXY, 2008);

(3) A de que o sucessivo confronto de princípios diante das circunstâncias de fato levaria à formulação de uma *lei de colisão* pretendendo conferir *coerência* e *universalidade* às ponderações realizadas (BRANCO, 2008).

Este método, apesar de paradigmático para fins de aplicação de princípios de direito fundamental conflitantes no âmbito de casos concretos, deve ser visto com maior cautela quando inserido no caso das ações do controle de constitucionalidade em abstrato.

Como destacado por Luis Prieto Sanchís (2009), a ponderação poderá perder sua força e sentido, a partir do momento em que não se vislumbre uma “demanda concreta” propriamente dita. Nesse sentido, leciona:

Certamente, já disse que o controle abstrato de leis não é a atividade mais idônea para o desenvolvimento da ponderação, estreitamente ligada ao caso concreto. Talvez por isso a jurisprudência se mostre muito prudente na aplicação da máxima da proporcionalidade ao questionamento das leis, de modo que não parece perseguir o triunfo de uma racionalidade “melhor”, mas sim busca remédio para uma total falta de racionalidade. (SANCHÍS, 2009, p. 155-156, tradução nossa)²²

Isso significa que para o controle abstrato, a correção das decisões jurisdicionais não dependeria exclusivamente do *consenso* criado entre os participantes do procedimento, questionando-se a máxima, segundo a qual, o acerto do resultado dependeria tão somente da racionalidade do discurso prático, já que é nesse ponto que reside a caracterização do procedimentalismo de Alexy. Para esclarecer tal ideia, cita-se:

²² “Ciertamente, ya he dicho que el control abstracto de leyes no es la actividad más idónea para el desarrollo de la ponderación, estrechamente conectada al caso concreto. Tal vez por eso la jurisprudencia se muestra muy prudente en la aplicación de la máxima proporcionalidad al enjuiciamiento de leyes, de modo que no parece perseguir el triunfo de una racionalidad ‘mejor’, sino el remedio a una absoluta falta de racionalidad”.

A teoria [de Alexy] é procedimental, no sentido de que se firma sobre um vínculo entre a *correção da resposta* e o *procedimento* adotado, visando à racionalidade da deliberação. Alexy entende que se pode estabelecer a validade dos enunciados normativos por meio da observância de regras do discurso. A pretensão de validade de todo discurso depende de que os seus participantes reconheçam reciprocamente pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. (BRANCO, 2008, p. 160, grifo nosso)

A partir disso é que poderá ser extraída a mais relevante crítica de adaptação dos traços de procedimentalismo em Alexy ao constitucionalismo brasileiro. Isso porque, ao pressupor que a validade do discurso depende do reconhecimento recíproco das “pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade”, atenta-se para o fato de que a realidade conjuntural de países em desenvolvimento, muito diferente do que ocorre no cenário em que foi construída a tese jurídico-argumentativa em análise, nem sempre poder garantir a *integridade do consenso*. Em verdade, em tais contextos, existe grave comprometimento das condições ideais de liberdade e igualdade dos participantes do “discurso democrático” em virtude de obstáculos impostos pela realidade prática.

Essa dificuldade revela a necessidade de aplicação contextualizada da teoria do discurso racional. A revisão de fundamentos poderia ser identificada até mesmo nos mais recentes estudos de Alexy, que, já em 1996, quando da elaboração do posfácio da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, lecionou que:

A teoria do discurso pressupõe que os participantes do discurso, portanto pessoas, tais como elas existem, estão na situação de ter ideias ou fazer descobertas e distinguir entre más e boas razões para afirmações substanciais. Portanto, trata-se da capacidade existente e suficiente de descobrir e de julgar dos participantes do discurso jurídico [...] A relação entre o procedimento do discurso e a *capacidade suficiente de descobrir e de julgar de seus participantes*, corresponde muito mais à que existe entre a instituição de um estado democrático e a capacidade dos seus cidadãos para as atividades políticas e sociais. (ALEXY, 2001, p. 303, grifo nosso)

Sendo assim, a dificuldade de adaptação prática de sua teoria ao contexto brasileiro se dá, entre outras razões, em virtude dos altos índices de desigualdades socioeconômicas que colocam em risco o equilíbrio e aplicação prática dos princípios da liberdade e igualdade, apontados por Alexy como princípios corolários dos direitos fundamentais.

Estas violações, de sua vez, são causadas por dois grandes obstáculos à participação democrática e isonômica do cidadão brasileiro na construção do discurso jurídico:

- i) O primeiro empecilho seria o déficit de representatividade política gerado pelo não envolvimento integral do cidadão nas decisões tomadas por seus mandatários nas

esferas administrativa e legislativa, o que se justifica, principalmente, em virtude das deficiências educacionais²³ que geram sentimento de submissão e inação dos indivíduos diante da “vontade das instituições”, e também às deficiências do próprio processo político que não dão tom de relevo a determinados instrumentos da democracia participativa como plebiscitos e referendos;

- ii) O segundo se referiria à dificuldade imposta ao amplo acesso do cidadão à justiça seja no âmbito individual concreto, seja no âmbito coletivo abstrato, tanto na fase de iniciativa, quanto na fase de impulso à decisão. Nesse esteio, observa-se também a persistência de obstáculos burocráticos para o final e satisfatório atendimento das demandas em face dos atos malversados ou das negligências do Poder Público e de seus representantes, quando estes são colocados ante ao controle dos Tribunais²⁴.

Isso quer dizer que, para o bom e pleno funcionamento da tese procedimental de Alexy, seria necessária manutenção de condições ao menos próximas do ideal de igualdade material dos cidadãos integrantes do discurso, tanto para fins de representatividade democrática, quanto para fins de efetiva participação dos atores sociais não só na argumentação, mas também na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Esta é uma observação também feita por Ana Paula Barcellos no seguinte extrato:

As diferentes teorias que incorporam elementos procedimentais, [...] assumem como pressuposto a igualdade de todos os indivíduos e, a *fortiori*, uma primeira característica legitimadora dos diferentes modelos procedimentais por eles propostos deverá ser seu caráter democrático. Ora, a consequência direta desses pressupostos – a igualdade e o caráter democrático do procedimento – é a necessidade de assegurar a liberdade das pessoas para que elas possam participar do procedimento. E, para que essa liberdade possa ser exercida em condições razoáveis, exige-se também um

²³ Sobre isso, Habermas retira de Robert Dahl as seguintes conclusões “[...] a maior dificuldade a ser enfrentada daqui para frente pela democracia reside no *encapsulamento* do saber político especializado, o que impede os cidadãos de aproveitá-lo para a formação das próprias opiniões. O perigo principal reside, segundo ele, na variante tecnocrática de um paternalismo que se nutre nos monopólios do saber. E o acesso privilegiado às fontes do saber político relevante abre as portas para uma dominação imperceptível que se estende sobre o público dos cidadãos, os quais não têm acesso a essas fontes, alimentando-se de uma política simbólica” (HABERMAS, 1997b, p. 44).

²⁴ Seguindo a linha dessa análise, Campilongo destaca através da interpretação das ideias de Parsons: “Onde o equilíbrio social precário foi obtido, a discussão sobre o acesso à justiça está centrada principalmente na defesa dos direitos das minorias excluídas (donas de casa, crianças, aposentados, homossexuais, usuários e consumidores de serviços ou produtos particulares) ou de segmentos importantes e discriminados (as questões étnicas e de gênero, por exemplo). Nas “periferias da modernidade”, sem prescindir das mesmas dificuldades próprias dos países centrais, o problema principal é de outra ordem: reside nos obstáculos de “acesso à justiça” da maioria esmagadora da população. Índices de pobreza e desigualdade social tão acintosos quanto aqueles de imensos bolsões das diversas periferias do planeta fazem do “equilíbrio social” não uma condição precária, mas um objetivo quase inatingível” (CAMPILONGO, 2011, n.p).

conjunto mínimo de condições materiais, como educação, alimentação, etc. (BARCELLOS, 2005, p. 266)

Da ideia acima exposta, infere-se que, para o funcionamento pleno da teoria do discurso racional de Alexy, seria necessária a configuração de situações minimamente estáveis de igualdade e liberdade dos participantes desse discurso. E isto também se aplica à defesa procedimentalista de Peter Häberle (1997), quando este leciona sobre a interpretação constitucional pluralista como aquela realizada por uma *sociedade aberta de intérpretes*.

Nessa linha, a importância da abertura plural à participação democrática na construção das decisões jurídicas em sede de aplicação das normas constitucionais é justificada por Häberle quando este prenuncia que uma sociedade *fechada* de intérpretes “[...] reduz seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados” (HÄBERLE, 1997, p. 12).

Sendo assim, é possível perceber que Häberle se insere na vertente que vislumbra o procedimento como “[...] verdadeiro direito fundamental, cuja realização oportuniza a dinamização de um espaço comunicativo necessária para o exercício de outros direitos fundamentais” (SOARES, 2010a, p. 93).

Embora salutar a ideia, quando aplicada a contextos sociológicos semelhantes ao caso brasileiro, acaba por servir de justificativa para a manutenção das negligências estatais, revelando, ainda que indiretamente, um pensamento arraigado na “supremacia parlamentar”.

Por isto, torna-se necessária a discussão sobre o conceito de substancialismo como vertente não oposta, mas complementar ao procedimentalismo e que pretende fazer com que a Constituição e os direitos fundamentais nela expressos imponham ao cenário brasileiro um conjunto de decisões valorativas que se considerem, não apenas consensuais, mas também *efetivas*.

De qualquer forma, como se mencionou anteriormente, não se quer com isso rechaçar por completo a aplicabilidade da teoria dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica de Alexy, até mesmo porque muitos dos conceitos firmados por este autor são utilizados para fundamentar outros pontos desta pesquisa, a exemplo da tese da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

É de se ressaltar, no entanto, que embora se apresente consistente a tese da racionalidade da argumentação jurídica, esta necessitaria de complemento substancial frente a determinados compromissos institucionais sobre os quais se debruça a jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, aspectos substancialistas poderiam ser encontrados até mesmo nas revisões mais recentes das ideias de Alexy, quando este assume, por exemplo, que os valores morais exercem certa influência na construção da decisão “mais correta possível”:

Nesse sentido, o sopesamento é um procedimento aberto. Mas a abertura do sopesamento conduz a uma abertura do sistema jurídico *substancialmente* determinado pelas normas de direitos fundamentais. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico *aberto*, independentemente da extensão dessa abertura [...] A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade [...] Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. (ALEXY, 2008, p. 544, grifo nosso)

Sendo assim, apesar de apresentar influências metodológicas ligadas ao procedimentalismo, também é possível perceber da fala mais recente de Alexy certa aproximação às ideias substancialistas de Dworkin, quando este faz referência do recurso à moral para o encontro de “decisões corretas” que considerem em primeiro plano os direitos fundamentais.

Sua preocupação com o problema da justiça também o aproxima das ideias de John Rawls, quando Alexy admite, nesta fase mais recente, que a chave para a possível conciliação entre direitos fundamentais e democracia estaria em um *consenso de superposição* (*overlapping consensus*) e nas condições de *cooperação social justa* como defendida por aquele primeiro autor norte-americano (ALEXY, 2009).

Logo, é possível perceber que apesar do tom procedimentalista da teoria do discurso racional Alexy também reconhece a necessidade de que a atividade judicante se atenha a valores substanciais revelados pelos direitos fundamentais e pelos conceitos abertos da Constituição a partir da inspiração das ideias neoconstitucionalistas.

Dessa maneira, embora as lições do autor sejam de suma importância para a construção do *modus procedendi* da jurisdição constitucional, vislumbra-se que a tentativa de explicação do sistema por meio do método discursivo não consegue evitar o indesejável risco de atuação arbitrária pelo julgador, não havendo sido demonstrado, ainda, o caminho ideal para obtenção das respostas satisfatórias à resolução dos complexos problemas estruturais que deverão ser resolvidos no âmbito do Tribunal Constitucional brasileiro no julgamento das demandas de caráter abstrato.

3.1.2.2 Jürgen Habermas: o modelo dialógico-procedimental de jurisdição

O procedimentalismo aplicado à jurisdição constitucional também se revela em Jürgen Habermas, cientista social alemão que teria ressaltado a importância da proteção dos procedimentos e das normas de organização do poder político para a manutenção do princípio democrático e das decisões populares tomadas a partir dele. Seu entendimento a esse respeito pode ser constatado nas seguintes ideias acerca das funções da Corte Constitucional:

Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da Constituição, ela deve, *em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O Tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. (HABERMAS, 1997a, p. 327)

Apesar de também apresentar traços procedimentais, a tese de Habermas, no entanto, difere das ideias de Alexy, uma vez que a base de suas ideias está na Teoria do Agir Comunicativo, diferentemente da Teoria da Argumentação Prática defendida pelo segundo.

Isto quer dizer que, para Habermas (1997a), o *consenso* descrito por Alexy seria obtido, não apenas pela racionalidade do discurso dos interlocutores, mas, sobretudo, pelo *reconhecimento intersubjetivo das condições de validade* obtido a partir da comunicação entre as partes.

Para Habermas, em verdade, o discurso seria responsável por “[...] conferir força legitimadora ao processo de normatização” (HABERMAS, 1997a, p. 158), e a partir do momento em que se estabelecesse a ligação entre o discurso e o direito institucionalizado, aí então se daria a expressão do princípio democrático.

E é justamente por isso que Habermas coloca o princípio democrático em posição nuclear de um sistema de direitos: por pressupor que o diálogo é iniciado no exercício do direito às liberdades subjetivas e finalizado na institucionalização de consensos compartilhados. Sobre isso, destaca:

O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos *comunicacionais* e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 1997b, p. 186)

A partir deste argumento, Habermas acrescenta um elemento ao modelo racional

proposto por Alexy, uma vez que considera necessário analisar o consenso surgido através do debate entre as partes e por entender que a plena tutela dos direitos fundamentais não é dada apenas pela argumentação racional eventualmente utilizada pelos participantes do discurso, mas também pelo produto interpretativo obtido da comunicação estabelecida entre eles.

Para Habermas, a tarefa primeira do intérprete/aplicador do Direito seria a de encontrar a solução que melhor se adaptasse ao caso discutido a partir do diálogo construído entre as partes, não consistindo essa missão em simples escolha do argumento que se reputasse mais convincente pelo julgador.

Dessa maneira, o autor enfoca, não apenas na correção dos argumentos utilizados para formulação do raciocínio, mas também na racionalidade dos *resultados* deles extraídos. Nesse sentido, as regras procedimentais não regulariam apenas a argumentação do discurso jurídico; elas também garantiriam espaços para discursos que levassem o processo ao seu objetivo elementar de obtenção de resultados satisfatórios para as partes envolvidas (HABERMAS, 1997a).

Assim, por melhores que fossem as razões utilizadas para se chegar à resposta correta para determinado problema concreto, sua adequação deveria ser demonstrada através da característica definida por Habermas como *aceitabilidade racional*, de acordo com o seguinte conceito:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da *aceitabilidade racional* e da *decisão consistente*. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial. De um lado a segurança jurídica, de outro o julgamento de um caso atual levando em conta também o horizonte de um futuro presente, levam a racionalidade da jurisprudência. (HABERMAS, 1997b, p. 246, grifo nosso)

Analisado este argumento, pode-se extrair que, para a obtenção da *aceitabilidade racional*, o operador do Direito deve estar apoiado em dois pilares: o da legitimidade e o da racionalidade.

A legitimidade seria prévia, e estaria ligada à base normativa que fundamenta a decisão judicial, evidenciando a vinculação do *decisum* à criação democrática do legislador e do Constituinte originário. Assim, a formulação revelada pela codificação do Direito seria responsável por garantir a “segurança” nas relações jurídicas estabelecidas entre as partes do discurso.

Já a racionalidade diria respeito à capacidade de previsão dos efeitos práticos que tais decisões poderiam causar no mundo dos fatos, analisando-se, então, seus efeitos prospectivos. Ela estaria vinculada à autorização dada pelo Direito às instituições do Poder Público em organizar e orientar as funções do Estado. Aplicando-se à jurisdição, a racionalidade levaria à prolação de sentenças que tivessem *pretensão de universalidade* com vias a servir de precedentes para casos equiparáveis no futuro.

Essas duas bases de sustentação da decisão judicial seriam reveladas através do *dever de fundamentação* ao qual se sujeitariam os magistrados. Este dever, de sua vez, encontrar-se-ia em relação diretamente proporcional com a atividade “criativa” do julgador: quanto mais inovadora fosse uma sentença, melhor fundamentada ela deveria estar a fim de que se demonstrasse sua legitimidade e racionalidade. Sendo assim, o “resultado adequado” deveria estar devidamente conjugado à fundamentação dialógica e contextualizada para fins de garantia da aceitabilidade racional.

A partir deste conceito, infere-se que existiria certa aproximação entre o desenvolvimento doutrinário de Habermas e o conceito Dworkiano de “Direito como Integridade”. Isto se demonstra quando o autor alemão destaca, por exemplo, a importância de reconhecer, não apenas a base histórico-normativa do problema, mas também as repercussões futuras da decisão e seus eventuais prognósticos.

A aproximação entre as ideias dos autores também pode ser percebida quando se vislumbra que Habermas tem postura muito mais próxima dos discursos morais de aplicação que o discurso racional argumentativo inicialmente defendido por Alexy. Isto porque, “[...] apesar da concepção procedimental da Constituição, a teoria habermasiana não se desvencilha da aproximação entre direito e moral” (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 57).

Em verdade, pela perspectiva do autor, acredita-se que a relação existente entre esses sistemas “[...] não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fltuem para o Direito” (HABERMAS, 1997b, p. 313).

Entretanto, ainda que entenda que o discurso jurídico seja um caso especial de discurso moral, Habermas dispõe em crítica a Dworkin que as questões de complexidades não poderiam ser resolvidas sobre a ótica das qualidades hercúleas de um juiz solipsista e não dialógico. A crítica feita é ilustrada por Wálber Carneiro da seguinte maneira:

Entretanto, como essa tarefa estaria reservada a um modelo ideal de juiz, cujas faculdades intelectuais seriam análogas à força física de Hércules, Habermas entende que a proposta hermenêutico-institucional de Dworkin falha ao conceber o modelo de juiz mediante uma forte idealização, o que levaria, segundo a crítica levantada pela *Critical Legal Studies Movement*, a reconstruções racionais

manipuladas. Habermas entende que a tarefa de Hércules é um programa impraticável e conclui que a resposta de Dworkin ao problema da adequação de discursos de fundamentação a situações concretas – embora reservem o mérito de pretender assegurar, ao mesmo tempo, a integridade deontológica do direito e a segurança jurídica – suscita dúvidas quanto às suas bases monológicas. Dworkin oscilaria entre a perspectiva dos cidadãos e a de um juiz que convoca para si um acesso privilegiado ao conhecimento, calcado em esforços solipsistas e distantes do diálogo. (CARNEIRO, 2011, p. 196)

Dito isso, percebe-se que a garantia da participação ativa do cidadão na formação do discurso jurídico e a pluralidade de intérpretes normativos, para além das qualidades intrínsecas do julgador, seriam características de grande importância para a construção do pensamento habermasiano.

Isso quer dizer que a crítica à adequação insuficiente da ideia de funcionamento democrático de Alexy também em Habermas poderia ser aplicada quando se leva em consideração a realidade fática do contexto brasileiro.

Nessa esfera, o próprio Habermas assume que para preencher o “mínimo procedimentalista” as democracias deveriam garantir quatro condições básicas: a) a participação política do maior número de pessoas privadas; b) a observância da regra da maioria para as decisões políticas; c) a existência de direitos comunicativos que possibilitem a escolha livre entre diferentes programas e grupos dirigentes a partir da convicção particular de cada sujeito de direito; d) a proteção da esfera privada e dos direitos individuais. Em resumo, o entendimento discursivo dependeria dos contextos de uma cultura de pessoas capazes de aprender, que não tenham contra si obstaculizada a *socialização do discurso* (HABERMAS, 1997b, p. 27-53).

Dessa maneira, também para Habermas possui relevância para a auto-organização comunitária “[...] a efetiva participação da sociedade civil e a construção de uma esfera pública pluralista e inclusiva” (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 56).

Por isso é que, mais uma vez, o procedimentalismo alemão incidiria em argumentos que para o contexto brasileiro seriam utópicos em termos de participação qualitativa dos cidadãos na construção das decisões políticas de seus representantes. Nesse sentido, cita-se:

[...] o método concretista da “Constituição aberta” demanda para uma eficaz aplicação a presença de *sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento*, circunstância essa importantíssima, porquanto logo invalida como terapêutica das crises aquela metodologia cuja flexibilidade engana à primeira vista. (BONAVIDES, 2015, p. 528, grifo nosso)

Ainda assim, é possível perceber que os autores procedimentalistas, para além de qualquer ingenuidade retórica, reconhecem que condições perfeitas de participação e construção comunitária do discurso jurídico jamais serão atingidas em qualquer sociedade. Prova disso é o reforço de Habermas à crítica de Bruce Ackerman (2006) à também “hercúlea” figura do “cidadão público”, conforme descrito no seguinte extrato:

As fontes da participação em comunicações políticas são geralmente escassas, ou seja: o tempo do qual cada cidadão indivíduo dispõe é exíguo; a atenção prestada aos temas, que têm a sua própria história, é episódica; a disposição e a capacidade de dar contribuições próprias para esses temas é pouca; finalmente, existem enfoques oportunistas, afetos, preconceitos etc., que prejudicam uma formação racional da vontade. (HABERMAS, 1997b, p. 54)

Ainda assim, é possível perceber que, no caso dos países em desenvolvimento, a deficiência da falta de participação ideal do cidadão deve ser tratada de modo especial, não se podendo aplicar de maneira isolada as ideias procedimentais referidas pelos autores analisados, uma vez que esta postura contribuiria para “[...] a manutenção e continuidade dos efeitos do chamado constitucionalismo simbólico, típicos dos sistemas constitucionais nesses contextos” (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 61).

A conclusão acima leva às seguintes indagações: Caso o procedimentalismo fosse suficiente à jurisdição constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, sob que argumento poderia ele realizar a função de concretização de direitos fundamentais que dependessem da vontade do legislador para serem operacionalizados pelo Estado? O que faria o procedimentalismo restrito diante de alterações no próprio texto da Constituição que tivessem o condão de malferir os direitos fundamentais nela originariamente previstos? O que faria o Tribunal quando estivesse diante de direitos fundamentais violados pela interpretação restrita do texto da Constituição?

Sobre isso, Habermas (1997b) teria sugerido que se evitasse a absorção dos espaços públicos pelo poder político, fosse por meio da adoção de elementos plebiscitários como a realização de referendos e estímulo a projetos de iniciativa popular, fosse por meio de maior controle sobre as mídias sociais para que estas não se transformassem em instrumentos utilizados pelas elites políticas e econômicas para o controle ideológico das massas.

Todas estas soluções, no entanto, estariam longe de serem aplicadas à realidade brasileira, uma vez que, para além das dificuldades parlamentares impostas à reforma do sistema político, a censura da força midiática, além de ser de difícil articulação em tempos de

intensa difusão do poder informativo, seria indesejável por representar também violação ao direito à livre expressão, a não ser quando aplicada para fins de cessação de abusos de direito.

Antes disso, e para além da característica de lugar-comum do argumento, prioritário deveria ser o investimento na educação de base para a conferência de condições mínimas que dessem possibilidade ao cidadão de exercer livremente suas convicções políticas. Se a todos os intérpretes da Constituição fosse garantida de maneira isonômica a possibilidade de cunhar os mesmos horizontes de pré-compreensão, “[...] toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do Direito” (HABERMAS, 1997b, p. 190).

Para sanar, então, o grande fosso existente entre a igualdade formal, e a igualdade de fato dos cidadãos é que se põe à risca a aplicação restrita de uma teoria procedimentalista pura ao caso da jurisdição constitucional brasileira.

Logo, busca-se arrimo junto à tese substancialista para solucionar problemas oriundos deste déficit democrático, já que estas deficiências, conjugadas aos problemas de óbice ao amplo acesso à justiça e ao aumento da complexidade das situações a serem resolvidas pelo Supremo Tribunal, representam efetivo desafio de atuação para a jurisdição constitucional.

Com esta complementação, então, o que se pretendem buscar são soluções que sejam, não apenas procedimentalmente corretas, mas também substancialmente satisfatórias para atender às necessidades da realidade fática brasileira que são transportadas para dentro do processo constitucional como pleito de correção das insuficiências sistêmicas que não foram atendidas a contento pelas demais instâncias do poder público.

3.2 DA COMPLEMENTAR NECESSIDADE DO SUBSTANCIALISMO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Como demonstrado nos tópicos antecedentes, o procedimentalismo é forma de entendimento sobre a Constituição através do qual se propaga que a função primordial deste elemento seria a defesa do princípio democrático e a manutenção da abertura dos canais comunicativos para eventuais alterações de seu texto em conformidade com os anseios dos participantes da sociedade que atuam em condições de igualdade.

É de se destacar que já fora indicada a importância desta percepção, não se negando que os direitos institucionalizados são, em sua origem, ligados às atividades políticas desenvolvidas no âmbito do regime democrático.

Isto não quer dizer, no entanto, que a construção do sistema jurídico seja feita única e exclusivamente por via das atividades realizadas pelos órgãos providos de representatividade eletiva, e nem que as atuações das instituições do Poder Público não devam estar motivadas por valores substanciais e de conteúdo axiológico.

A justificativa para isso, além de autorreferenciada pelo próprio teor da Constituição, também pode ser vislumbrada diante de uma perspectiva histórica e evolutiva como se demonstra:

À luz do neoconstitucionalismo, as dimensões substancial e procedimental da Constituição encontram-se em relação de *complementaridade* e não de oposição. O vetusto debate na doutrina constitucionalista brasileira entre substancialismo e procedimentalismo deve ceder espaço à concepção de que a Constituição é *tanto pacto sociopolítico conformador* de um horizonte convivencial segundo valores dominantes numa comunidade política, *como processo inacabado, ordem aberta estruturalmente*, - porque não determina de forma específica decisões concretas a serem tomadas pelo processo político – e materialmente – em virtude do alto grau de abstração e amplitude semântica de seus preceitos – que depende dos procedimentos democráticos para se concretizar. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 70, grifo nosso)

Essa ideia se conforma ao conceito já explorado de “Direito como integridade”, que o vê, não apenas como um fato histórico instituído, mas também como elemento conformador da realidade social. E a Constituição, em virtude de sua maior abertura axiológica, frente aos demais diplomas jurídicos, deve exercer importante papel nessa atividade de construção societária, permitindo-se que os valores expressos por seus princípios fundamentais possam servir de *justificação* para uma atuação concretista da Justiça Constitucional.

Como referido por Otto Bachof (2009), limitar a legitimidade da Constituição a seu conteúdo evidentemente positivado seria o mesmo que igualar o argumento de direito ao argumento de poder, rechaçando, assim, sua função integradora.

No seu entender, seria de se reconhecer que existe o chamado direito supralegal para além do texto expreso. Este se diferenciaria do direito natural clássico por formar uma ordem *objetiva* de valores que estão inspirados em um “mínimo ético” que poderia ser *sobreinterpretado* da própria Constituição.

E ainda que não se admitisse a existência de tal direito suprapositivo de inspiração axiológica, conceitos como o da “eficácia irradiante dos direitos fundamentais”, trazem o conteúdo principiológico da Constituição para a função de guias direcionadores das finalidades dos atos estatais.

Todas as atribuições administrativas, legislativas ou judiciais, deveriam, então, ser exercidas em conformidade com tais direitos basilares de forma não só a protegê-los, mas

também a garanti-los e fomentá-los, haja vista nortear o Estado de Direito Democrático Constitucional, conceitos como a revalorização da pessoa humana e a concepção material dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, vale repisar que tais conceitos não se coadunam com os reducionismos formais ou positivistas argumentados pela teoria puramente procedimentalista (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009). Sendo assim, não poderá se colocar o direito fundamental ao princípio democrático sempre em posição de precedência, quando o que se vislumbra, no caso da Constituição brasileira, é uma ampla rede de valores fundamentais traduzidos em seu texto em forma de direitos e obrigações de aplicabilidade imediata nos termos do art. 5º, §1º²⁵.

Ao contrário da Constituição norte-americana, que possui caráter sintético, o catálogo de direitos fundamentais no sistema brasileiro é de grande amplitude, inserindo-se nele exemplares de diversas “dimensões”, presentes em vários dos títulos da Carta Magna e podendo ser identificados até mesmo na legislação infraconstitucional em virtude do atributo da *não exaustividade*.

Como componentes de um mesmo grupo normativo, há que se considerar que tanto o direito ao exercício democrático, à liberdade e à igualdade quanto os demais direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se, entre eles, os direitos sociais e de natureza transindividual, devem ser protegidos de maneira harmônica e conjugada, motivo pelo qual se conclui, não pela oposição, mas pela *complementaridade* entre as teses substancialistas e procedimentalistas de atuação da jurisdição constitucional.

Entender de outra forma seria o mesmo que permitir que deliberações ditas “democráticas” pudessem se sobrepôr à tutela e fomento de direitos fundamentais de outras dimensões, pura e simplesmente por avocação ao princípio representativo e ao “equilíbrio” entre os Poderes Constituídos, apesar da constatação de evidentes desvirtuamentos de finalidades na atuação das instituições públicas controladas pela jurisdição constitucional.

Tais posições demonstrariam risco, não apenas de sobreposição das funções legislativa e administrativa, mas também de aceitação irrestrita das razões do “super” Poder Judiciário, que não necessitaria fazer referência em suas fundamentações aos valores inspiradores de suas decisões, desde que estas seguissem os trâmites procedimentalmente corretos para os fins de deliberação judicial.

²⁵ “Art. 5º § 1º CRFB. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

Entendemos, em verdade, e como já amplamente debatido no tópico anterior, que para o bom funcionamento da teoria procedimental pura, seria necessária a manutenção de condições mínimas de igualdade entre os participantes do discurso jurídico, ou pelo menos que as instituições do Estado estivessem em posição de perfeita imparcialidade, o que, de um lado ou de outro seria um dado utópico.

[...] a fim de se aplicar a noção de justiça procedimental pura às partes distributivas, é necessário construir e administrar imparcialmente um sistema justo de instituições. Apenas em referência ao contexto de uma estrutura básica justa, que inclui uma constituição política justa e uma organização justa das instituições econômicas e sociais, é que podemos dizer que existe o pré-requisito do procedimento justo. (RAWLS, 1997, p. 93)

Este raciocínio revela que o procedimentalismo, que ressalta as virtudes do princípio democrático, não poderá funcionar adequadamente sem a remissão a valores substanciais. Tal percepção reducionista poderia ensejar posturas permissivas do órgão jurisdicional diante de violações ou negligências estatais, ainda que fosse vislumbrada a direta prejudicialidade a direitos fundamentais, deixando-se fazer com que o sistema político invadisse a autonomia do sistema jurídico no âmbito das funções de controle exercidas pela jurisdição constitucional.

Em verdade, o fato de autores substancialistas idealizarem juízes com “forças hercúleas” e capacidade sobre-humana de aplicação da justiça aos casos difíceis não quer dizer que esta concepção deva ser de todo rechaçada pela doutrina. O estabelecimento de parâmetros *ideais* deve servir como fator *norteador* de atuação, e não como premissa indiscutível de acerto da teoria.

E isso vale, não apenas para a tese substancialista, mas também para o procedimentalismo já que, como se argumentou, sua aplicação isolada no caso brasileiro acabaria por ceifar a capacidade conformadora da Constituição, confiando-se exclusivamente ao espaço público a possibilidade de modificação das realidades, e reafirmando-se, com isso, o papel meramente simbólico já sentido pela população diante deste documento estatal basilar.

E para melhor explicitar este raciocínio, buscamos em Marcelo Neves (1994) a definição do Direito a partir de uma dupla concepção: de um lado, como um *meio* para a ação estatal e de outro, também como uma *instituição* voltada para regulação do “mundo da vida”. Uma característica não teria o condão de excluir a outra, sendo que os defeitos da função regulatória do Direito seriam inevitavelmente amenizados pelas qualidades reveladas pelo Direito como instituição, e vice-versa.

Essa constatação leva ao seguinte raciocínio: Se para o procedimentalismo a confiança na correção da decisão está depositada no cidadão e em sua participação democrática ótima, e para o substancialismo na capacidade sobre-humana do julgador em compreender e aplicar o direito de acordo com suas finalidades axiológicas, inevitável será concluir que nem uma nem outra vertente poderiam oferecer respostas suficientemente satisfatórias ao exercício das atividades desempenhadas na jurisdição constitucional.

A conjugação de ambas as ideias, em verdade, poderia dirimir tanto os defeitos da *desconfiança representativa* quanto do *paternalismo estatal*, caso se admita a amálgama entre os pontos positivos trazidos por ambas as vertentes analisadas. Nesse sentido, defender o procedimentalismo ou o substancialismo não é mais uma questão de contraposição, mas sim de busca do *equilíbrio* entre as características de ambas as vertentes.

Por meio do procedimentalismo, por exemplo, seria possível perceber a importância da *fundamentação racional* das decisões judiciais, bem como a necessidade de utilização dos instrumentos processuais já determinados pelo ordenamento jurídico, sob pena de o Tribunal Constitucional exacerbar-se em suas atribuições institucionais.

Já o substancialismo, de outra ponta, ressaltaria a virtude conteudística desta fundamentação racional, revelando que uma decisão judicial, além de procedimentalmente correta, deve ser *efetiva*, de forma a ser capaz de atingir os fins comunitários para os quais a Constituição aponta, colocando em posição de destaque a preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Dessa forma, as ideias de participação cidadã e da sociedade aberta de intérpretes devem ser complementadas pelo reconhecimento de que os valores da justiça e da equidade deverão governar a atividade jurisdicional, sendo estes revelados não pelos sentimentos íntimos do julgador, mas pela interpretação dos dispositivos de direito constitucional, que embora possuam natureza aberta, estarão sempre vinculados a objetivos e fundamentos que podem ser extraídos da Constituição.

A necessidade da adoção de postura substancialmente complementar é traduzida por Laurence Tribe (2008) quando este revela que seu interesse como intérprete e aplicador do Direito seria menos no que está invisível “em torno” da Constituição, e mais no que está invisível “dentro” dela²⁶.

Sendo assim, não apenas o texto constitucional, mas também a doutrina, os precedentes e até mesmo as práticas sociais podem ser considerados como fontes de direito

²⁶ “And second, my interest is less in what’s invisible ‘around’ the Constitution than in what is invisible within it.” (TRIBE, 2008, n.p)

constitucional, sujeitos a alterações e complementações, desde que respeitado o dever de não violação das cláusulas elementares da Constituição que têm por função a garantia da estabilidade jurídica do ordenamento.

Destarte, além de lançar alerta sobre a grandeza e o contínuo crescimento do que se compreenda por material constitucional, o substancialismo leciona também que não se concebem meios, a não ser que estejam destinados à consecução de determinados fins. E isto pode ser comprovado de maneira prática e racional quando se vislumbra que a Constituição Federal do Brasil traz em posição de precedência os artigos que determinam os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da República.

Esta constatação, de sua vez, aponta para a conclusão de que, apesar da abertura imanente dos dispositivos fundamentais, existem elementos norteadores que devem ser observados pelo poder estatal em quaisquer de suas instâncias, e inclusive nas funções jurisdicionais.

Logo, tais valores devem ser observados de maneira indistinta pelas instituições, seja no âmbito político ou no âmbito jurídico, revelando-se, dessa forma, que também o Poder Judiciário é órgão investido de legitimidade democrática para levar a cabo as decisões fundamentais do Estado na forma como se verá adiante.

4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Devido à natureza abstrata das funções de controle e uniformização interpretativa dos sentidos da Constituição, parte da doutrina ainda contesta a função democrática do Tribunal Constitucional brasileiro, uma vez que seus membros não são diretamente eleitos pela população, diferentemente do que ocorre com os agentes políticos representantes do Executivo e do Legislativo.

Essas concepções desconsideram, no entanto, a natureza pública da função exercida por este órgão toda vez que ele clarifica sentidos no objetivo de manter a coerência da ordem jurídica constitucional, repulsando comportamentos que possam colocar em risco a operacionalidade prática do documento, e esquivando a ordem de corrupções sistêmicas que possam desviar as finalidades estatais dispostas no compromisso comunitário firmado.

Sendo assim, é notório que a atividade da jurisdição constitucional se debruça sobre vasta gama de valores comunitários e de grande relevância social, o que se revela por meio da existência de amplo debate na sociedade e nas instituições públicas sobre as questões com as quais trata.

Por isso é que os críticos da “legitimidade democrática dos juízes” apontam que a tarefa de controlar as demais funções estatais representaria “risco democrático”²⁷ de bloqueio dos canais de debate abertos à sociedade de intérpretes, valor este que, como já se viu, gozaria de preponderância para tais teorias procedimentalistas de aplicação constitucional.

Nesses termos, o constitucionalismo moderno despertou dúvidas quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, determinando que a democracia fosse de exercício exclusivo dos representantes diretamente eleitos pelo povo para a regulação de suas relações sociais. Nas lições de Eduardo García de Enterría:

O princípio “assembleário jacobino” sustentou, durante muito tempo, a negação da legitimidade de um Tribunal que pudesse anular por inconstitucionalidade os produtos normativos da Assembleia [...] foram invocados argumentos acessórios: o Direito é prevalentemente um instrumento de conservação e não transformação; o Tribunal Constitucional se apresenta, em nome de uma legitimidade superior, como um dique contra a mutação profunda que só as Câmaras podem empreender; é um colégio aristocrático e frio oposto a Câmaras premeditadamente irracionais,

²⁷ O termo originalmente cunhado por Dieter Grimm como *demokratisches Risiko* foi analisado por Gilmar Mendes nos seguintes termos: “Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País” (MENDES, 2009, p. 470).

apaixonadas, improvisadoras, em despreço à única legitimidade que uma democracia tolera, a representação da vontade do povo. (ENTERRÍA, 2001, p. 165, tradução nossa).²⁸

É de se destacar, então, que a restrição das funcionalidades da Constituição aos procedimentos que por ela se impõem reduzem o valor do aspecto substancial das suas prescrições, o que revela a necessidade de se corroborar as teses acima afirmadas que demonstram ser o procedimentalismo isolado uma fonte de limitação da função *transformadora* dos Tribunais Constitucionais.

Isto colocaria óbice ao papel efetivador do Tribunal, que interpreta as leis e atos normativos no intuito, não apenas de preservar a vontade da população em eventual vantagem numérica, mas também de impulsionar a sociedade aos desígnios que estão inscritos nas prescrições constitucionais de maneira a atender tanto o aspecto *tradicional* como o aspecto *prospectivo* do Direito em sua integridade.

As ideias negatórias da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, portanto, limitariam o papel transformador do Direito e da Constituição, equiparando e restringindo a *norma* ao *texto* que a expressa, desconsiderando que sua interpretação deve ir além dos debates pragmáticos que orientaram sua criação no parlamento, devendo buscar nos demais elementos jurídicos e valores finalísticos do sistema a adequação de sua aplicabilidade.

Há que se perceber, no entanto, que a evolução destas teorias já fez com que grande parte da doutrina tenha rechaçado o argumento da suposta “falta de legitimidade” do Tribunal Constitucional, o que se pode sentir, principalmente se considerados os acréscimos doutrinários percebidos nas formas mais recentes de procedimentalismo conforme exposto anteriormente.

Ainda assim, existem argumentos que reduzem as potencialidades do Tribunal Constitucional e de suas funções de controle sobre as demais instâncias de poder, verificando-se resquícios de características limitativas dos discursos oriundos do positivismo clássico e do constitucionalismo moderno no âmbito da atuação da jurisdição constitucional brasileira.

Nesses termos, diante dos riscos que a inerente indeterminação do Direito pode trazer ao sistema jurídico, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ainda está exposto ao risco de

²⁸ “El principio asambleario jacobino ha sostenido durante mucho tiempo la negación de la legitimidad de un Tribunal que pudiese anular por inconstitucionales los productos normativos de la Asamblea [...] se han invocado argumentos accesorios: el Derecho es prevalentemente un instrumento de conservación y no de transformación; el Tribunal Constitucional se presenta, en nombre de una legitimidad superior, como un dique contra la mutación profunda que sólo las Cámaras pueden emprender; es un colegio aristocrático y frío opuesto a unas Cámaras pretendidamente irracionales, apasionadas, improvisadoras, en desprecio de la única legitimidad que una democracia tolera, la representación de la voluntad del pueblo”.

recusa em decidir sobre o mérito de certas ações de controle que versam sobre questões de alta complexidade e de repercussão política, pelas alegações de possível violação ao princípio da separação de Poderes ou da existência de *political questions* que deveriam estar adstritas à discussão parlamentar.

Posturas desta monta demonstram que o conservadorismo, ou como chamado por Cappelletti (1999, p. 92) a “abstenção”, “*restraint*” ou “cautela conservadora dos juízes”, ainda existentes no discurso do Tribunal, devem ser contornados por meio de construções substanciais que procurem solucionar os riscos de subutilização e malversação dos dispositivos constitucionais por esta instituição que tem por função a guarda da Constituição e da ordem democrática.

No caso específico do Supremo Tribunal Federal brasileiro, há que se enfrentar os reflexos do pensamento formal-legalista, expressos por argumentos como o imperativo da segurança jurídica, a neutralidade e a intangibilidade do princípio da separação dos Poderes, já que estes, quando tomados como postulados *absolutos*, acabam por “[...] firmar o caráter conservador do Judiciário brasileiro e seu progressivo distanciamento da realidade social” (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 175).

Sobre isso, é possível perceber, ainda, que esta “não intromissão” é realizada quase sempre com base em escusas processuais que acabam obstando a análise meritória das demandas difíceis que deveriam ser decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre isso, destaca-se:

A teoria jurídica cria diversos instrumentos para a atuação prática do *non liquet*. Provavelmente, o expediente mais comum para justificar decisões obrigatórias mais difíceis são as *desculpadas formais*. Nulidades processuais, prescrições, vícios formais e falta de regulamentação legal costumam funcionar como alívio e auxílio à obrigação de decidir. Alívio, pois permite uma decisão com economia de argumentos e amparada na lei. Auxílio, porque atuam como saída operacional aos dilemas judiciais. *Usa-se o direito como desculpa para a não aplicação do direito*. A ampliação da liberdade do julgador – aparentemente limitada por questões de grande complexidade processual – é enorme. Não é sem razão que alguns analistas dessa situação destacam que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, dedica a maior parte de suas decisões a questões de direito processual e não a questões *substantivas*. (CAMPILONGO, 2011, n.p, grifo nosso)

É preciso ressaltar, então, que essas posturas de esquivamento “a partir do processo” ainda podem ser visualizadas no âmbito das decisões da Suprema Corte brasileira, mesmo que se veja que os instrumentos da jurisdição constitucional tenham ganhado forte espaço desde a promulgação da Constituição de 1988 e da reimplantação do regime democrático no Estado de Direito brasileiro a partir dela.

Basta averiguar que, atualmente, o posicionamento do Supremo diante da legitimidade ativa das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CRFB) é extremamente limitador, exigindo o Tribunal como condição para a propositura das ações por estas entidades a condição da *pertinência temática*, exigência esta que nem ao menos está inscrita em qualquer diploma legislativo sobre os procedimentos do controle abstrato.

O entendimento é um exemplo de interpretação restritiva oriunda do discurso conservador ainda hoje empregado pela Suprema Corte, o que também foi observado por Luis Werneck Vianna, na seguinte passagem:

É de se notar que a própria jurisprudência do STF aparenta endossar uma perspectiva negativa quanto à participação dessas entidades na comunidade dos intérpretes, ao obrigar que suas Adins guardem pertinência temática em relação à sua identidade associativa – decisão que, paradoxalmente, robustece uma prática corporativista, na medida em que lhes interdita o comportamento de advogados *em geral* da Constituição [...] A jurisprudência dominante, pois, tem levado à confirmação de um velho traço de nossas raízes autoritárias, que sempre recusou ao *interesse* o acesso à dimensão da razão, monopólio do Estado e da classe política. (VIANNA, 2014, p. 105)

Outro exemplo de comportamento substancialmente denegatório se dá comumente no trato das ações de controle de constitucionalidade por omissão, que em virtude de despertarem amplos questionamentos acerca da atividade integrativa do Supremo Tribunal Federal, acabam por ser prematuramente extintas com recurso a argumentos procedimentais.

Exemplo prático deste tipo de posicionamento pode ser demonstrado na redação dos fundamentos para o acórdão que julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 22. Nesta, a Procuradoria Geral da República, por razões de saúde pública, impugnava a falta de regulamentação para propagandas de bebidas com teor alcoólico menor que 13° GL, uma vez que existiam no ordenamento apenas limitações às propagandas de bebidas com teor alcoólico superior a este valor.

A Suprema Corte, como demonstrado do relatório da Ministra Carmen Lúcia, apesar de reconhecer a importância e urgência impostas pelo fundamento constitucional utilizado pelo autor da ação, denegou seu pedido, justificando a decisão com base no argumento das *‘political questions’* (apontado no item 2.2 como uma das fontes de enfraquecimento do fenômeno da constitucionalização no Brasil):

17. Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho social trazidos pelo Autor, relativos à *saúde pública* e à *proteção da família*, a análise dos dados constantes da norma vigente e mesmo do elemento histórico (não o melhor critério

de interpretação, mas de se aproveitar como fator demonstrativo da ação legislativa, a deitar por terra a afirmativa de omissão do legislador), comprovam que a questão novamente trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal está *afeta ao Poder Legislativo*, no qual foi cuidada segundo a Constituição determina e concluiu ele no exercício legítimo de suas competências. 18. [...] Está demonstrado nos autos ter sido a matéria relativa à propaganda de bebidas alcoólicas objeto de amplos debates em ambas as Casas do Poder Legislativo brasileiro, que, no exercício de sua função legislativa, nos sete anos durante os quais tramitou o Projeto de Lei n. 4.556/1989, observou as normas do devido processo legislativo e, de forma legítima, aprovou a lei formal exigida pelo art. 220, § 4º, da Constituição da República: Lei n. 9.294/1996. *Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcoólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.* (BRASIL, 2015, grifo nosso)

O acórdão acima é evidente demonstração de que o Supremo Tribunal Federal, apesar da gradual e lenta evolução da perspectiva em torno da legitimidade democrática de sua atuação, ainda se investe de argumentos estritamente procedimentais para questionar seu poder-dever em resolver efetivamente questões que estão afetas a preceitos fundamentais de uma Constituição que pretende ser *normativa*, e não meramente simbólica.

Apesar disso, não é difícil perceber como a Constituição, na sua forma originária e também por meio das revisões posteriores, dilatou a atividade da jurisdição constitucional, justamente com esse intuito, tendo introduzido novas modalidades de ações de controle, ao lado de significativa ampliação do elenco de legitimados ativos para sua provocação, que hoje já não se limita apenas ao Procurador-Geral da República como era no antigo regime.

A inclusão de legitimados ativos “populares”, a exemplo dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as entidades de classe de cunho nacional (ainda que nesse último caso haja a limitação jurisprudencial da *pertinência temática*) é mais um exemplo claro da mudança de paradigmas no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro e na percepção definitiva acerca do papel legitimamente democrático da jurisdição constitucional.

Acontece que, ainda assim, nenhum desses legítimos instrumentos irão se mostrar efetivos caso não sejam acompanhados da mudança de posicionamento substancial do Supremo sobre as potencialidades do seu papel democrático diante dos direitos fundamentais dos jurisdicionados e do seu mandamento de concretização.

Dessa maneira, não se pode negar que, preenchida a condição de ser provocado pelos legitimados ativos arrolados ao art. 103, da CRFB, o Supremo Tribunal Federal estará devidamente capacitado a combater as investidas irregulares do Executivo e do Legislativo

por meio do exercício do controle de constitucionalidade, podendo criar soluções alternativas às omissões do Poder Público, desde que observados os parâmetros fundamentais da Constituição.

Sendo assim, apesar das críticas do chamado “risco democrático” que esta atividade poderia representar, há que se ponderar que:

[...] a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cedeu espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional é nota essencial. Com efeitos, a soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante ao Estado. (CUNHA JR., 2008, p. 395)

Dessa maneira, a atividade desempenhada pela jurisdição constitucional presta-se, não somente à preservação da harmonia entre os poderes, mas também como veículo de proteção e concretização dos direitos fundamentais em virtude da potencialidade dos efeitos que podem ser introduzidos nas sentenças editadas em suas ações.

A adoção de ferramentas para o acerto decisório e o alargamento dos participantes do processo constitucional, a exemplo da figura do *amicus curiae*²⁹, nada mais são que tentativas de, a um só tempo, reforçar a legitimidade e ajustar o resultado substancial das decisões obtidas pelo Supremo Tribunal.

Institutos como este denotam que a participação democrática dos cidadãos, antes que quantitativa, deve ser vista pela via *qualitativa*, o que corrobora também a ideia de que o exercício da cidadania não se deve limitar ao depósito do voto em urna, mas deve ser incentivado por diversos meios de envolvimento dos cidadãos nas decisões políticas, administrativas e, por que também não dizer, judiciais.

²⁹ A Lei 9.868/99 disciplina em seu art. 7º §2º que “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a *manifestação de outros órgãos ou entidades*”. (BRASIL, Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999). A referida prescrição, que conceitua o instituto do *amicus curiae*, também foi introduzida no controle difuso de constitucionalidade ao art. 482 §3º do Código de Processo Civil de 1973, sendo que, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 dedicou todo um capítulo para versar sobre esta figura surgida originalmente no âmbito do controle de constitucionalidade americano (Capítulo V, art. 138 CPC/2015). O instituto é reflexo da abertura democrática do processo constitucional, representando, pois, a possibilidade de manifestação dos participantes democráticos na formulação do resultado jurídico de responsabilidade final dos julgadores.

Nesse esteio, o Tribunal Constitucional estará inegavelmente incluído no rol de instituições democraticamente legitimadas a direcionar os rumos da sociedade, sem que para isto tenha que deixar de lado a juridicidade de sua atuação, que deverá estar devidamente parametrizada pela Constituição tanto no seu *modus procedendi*, quanto no conteúdo das soluções por si criadas.

4.1 A PERSPECTIVA PÓS-MODERNA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É inegável perceber que existe hoje forte tendência doutrinária voltada para a reinterpretção do clássico paradigma montesquiano de separação dos poderes estatais. Por esta nova perspectiva, entende-se que o que existe não é uma “separação” de Poderes propriamente dita, já que o Poder é uno e indivisível.

O que existiria, em verdade, não seria um fracionamento estanque, mas sim uma subdivisão especializada de atribuições tendentes a aperfeiçoar a realização das tarefas estatais. O referido pensamento pode ser expresso pelas seguintes ideias:

O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da *separação das funções estatais*, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que concorrentemente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado. (CUNHA JR., 2015, p. 432)

Dessas conclusões, é possível perceber que o princípio da separação dos Poderes consubstancia uma verdadeira *especialização de funções* ou *distribuição de tarefas* de acordo com objetivos institucionais específicos designados a cada órgão do Poder Público pela Constituição e legislação ordinária.

Sendo assim, cada função estatal - e não determinado “Poder”, como utilizado pelo jargão vigente -, de acordo com sua composição e atividades finalísticas próprias, colaboram, de maneira conjunta, específica e previamente delimitada pelo ordenamento jurídico, para o equilíbrio das atividades do Estado.

Embora pela percepção originária estrita se pudesse concluir que as funções legislativas estariam unicamente voltadas para a edição de leis, a administrativa para a implementação e execução de programas e a judiciária para a interpretação e aplicação dos textos jurídicos, é possível perceber, na prática, que estas funções não são perfeitamente

separadas, encontrando-se inevitavelmente conectadas ao Direito Constitucional, já que é nesse ramo de estudo que irão se descortinar as conformações e limitações da ordem estatal.

Por isso é que as funções especializadas do Estado Democrático Constitucional de Direito devem estar inseridas e conformadas ao contexto constitucional de maneira a se manter a *coerência* de suas atuações e de se garantir a utilização ótima das ferramentas institucionais atribuídas a cada órgão de acordo com suas características próprias.

A especialização servirá para manter o equilíbrio das funções estatais, determinando-se que não haja nem sobrecarregamento (*overload*), nem esvaziamento de uma função em detrimento da outra. Sobre a necessidade de adequação entre as atribuições das instâncias de Poder às finalidades institucionais de cada órgão, disserta Laurence Tribe, no contexto da constituição sintética norte-americana:

De um lado, algumas questões sobre as quais o texto da Constituição é silente – a exemplo das questões sobre até onde o Congresso pode subordinar os Estados como soberanias separadas, ou até que ponto o governo pode se intrometer nos detalhes íntimos da vida pessoal dos indivíduos – são provavelmente melhor confiados a um judiciário federal independente do que a agentes que precisam recorrer à reeleição. De outro lado, algumas questões às quais a Constituição direciona pelo inteiro teor do seu texto – como a questão sobre o que constitui uma ofensa ensejadora de *impeachment* – são provavelmente melhor deixadas para final resolução de uma instituição que não seja o Supremo Tribunal, mas particularmente pelo Senado. (TRIBE, 2008, n.p, tradução nossa)³⁰

Isto demonstra que, apesar de o Poder ser uno, cada uma de suas instâncias exercerá sua própria função especializada no intuito de manter o equilíbrio da ordem jurídica, evitando interferências indevidas de umas sobre as outras.

Nesse sentido, cabe admitir que, para a existência da especialização entre os “Poderes”, importa reconhecer que entre Legislativo, Executivo e Judiciário existe inegável relação de *independência* e *não subordinação* que faz com que a máquina estatal se movimente de maneira fluída e de acordo com os anseios da sociedade que legitima suas atuações.

É de se ressaltar, então, que o imperativo de independência entre os “Poderes” estará condicionado à atuação ótima das instituições que os representam, sendo que, nos casos em

³⁰ “On the one hand, some of the questions on which the Constitution’s text is silent – such as the questions of how far Congress may subordinate the states as separate sovereigns, or of how far government may intrude into the intimate details of personal life – are probably better entrusted to the independent federal judiciary than to officials who must stand for reelection. On the other hand, some of the matters that the Constitution’s entirely visible text squarely addresses – such as the question of just what constitutes an impeachable offense – are probably best left for final resolution to an institution other than the Supreme Court, particularly the Senate”.

que se visualizem disfunções nas formas de negligências ou abusos, estará devidamente autorizada a interferência de uns sobre os outros no exercício do que a doutrina chama de *checks and balances* ou sistema de freios e contrapesos³¹. Sobre esta função de controle, destaca Mauro Cappelletti:

Simplificando: o congresso “controla” o executivo e o judiciário, seja porque suas leis a ambos se impõem, seja porque o consenso do senado é necessário para as despesas do executivo e nomeação dos funcionários e juízes [no caso brasileiro, veja-se a sabatina para escolha dos Ministros do STF]; [...] O executivo, a sua vez, “controla” o judiciário, especialmente com a nomeação de juízes, e o legislativo com o poder presidencial de veto. O judiciário, enfim, com o seu poder de “judicial review”, “controla” tanto as leis do congresso quando a atividade do executivo. (CAPPELLETTI, 1999, p. 54)

Sendo assim, o compartimento das funções estatais, embora não signifique que uma instância de Poder esteja subordinada à outra, permite admitir a existência de atividades de controle mútuo que serão exercidas como forma de conter o arbítrio.

A especialização dos Poderes Públicos, então, funcionará de maneira a que, *quanto maior for a correção da atividade exercida pelo órgão originariamente designado para tal, menor será a necessidade de controle e interferência de uma função sobre as outras*.

Dessa maneira, embora existam diferenciadas tarefas e finalidades predispostas pela Constituição, a distribuição destas tarefas não poderá servir de escusa para o não exercício do controle de uma instância sobre a outra, uma vez que o próprio instituto da “divisão de Poderes” foi criado também na finalidade de impedir a abusividade de prerrogativas.

Aplicando esta ideia às pretensões desse trabalho, será de se destacar que o exercício da jurisdição constitucional é atividade que visa precipuamente ao exercício do controle para a manutenção da segurança jurídica e para a proteção das disposições fundamentais do ordenamento. Isto quer dizer que, embora seja uma atividade essencialmente judicial, seu objeto de análise será sempre a ação derivada da *decisão política*, seja ela representada por uma atividade legislativa ou administrativa.

Admitir isso, no entanto, não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal estará investido de atividade de natureza política, ou poderá ser considerado como “Legislador”,

³¹ Dirley da Cunha Jr. (2015, p. 436) destaca que nas ideias originais de Montesquieu já existia essa ideia de relativa separação de poderes, conforme aclara no seguinte extrato: “Realçamos que o autor [Montesquieu] preocupava-se mais com os Poderes Legislativo e Executivo, único para ele ‘visíveis’, sobretudo com o exercício da função legislativa, cuidando de propor um mecanismo de ‘freios e contrapesos’ (*checks and controls, checks and balances*), que instaurasse e assegurasse o equilíbrio institucional do sistema que projeta, visando um verdadeiro ‘equilíbrio de poderes’ (*equilibrium of powers*), de modo que o critério adotado não era o da separação absoluta, mas tão-somente uma separação relativa onde se propiciava uma interpenetração de competências e interferências recíprocas”.

quer seja na sua qualidade positiva, quer seja na sua qualidade negativa, de acordo com bandeiras já levantadas na história do Direito Constitucional³².

Sendo assim, quando o Tribunal Constitucional invalida determinada lei ou cria soluções concretas para omissões inconstitucionais perante si questionadas, não deixará de exercer função eminentemente *jurídica*, ainda que os fundamentos inseridos em sua decisão façam referências a argumentos *políticos* e até mesmo *morais*.

À luz da teoria dos sistemas autopoieticos, a abertura cognitiva permite a adoção de critérios que são externos ao direito, desde que estes se mantenham nos limites da *fundamentação*, conforme se depreende do extrato abaixo:

Dizer que o juiz também faz política e atua como *Law maker* é quase uma banalidade. A questão está em apontar os limites, as incompatibilidades e a verdadeira incapacidade do sistema jurídico e dos tribunais – que ocupam posição central no seu interior – para atuarem “politicamente” na formulação de opções políticas. Nos marcos atuais do processo de diferenciação funcional das sociedades complexas, confundir sistemas parciais como a política e o direito é o mesmo que reduzir o direito ao trágico panorama das instituições políticas do fim do século XX. (CAMPILONGO, 2011, n.p)

Dessa maneira, não seria salutar a crítica à atuação concretista do Poder Judiciário, por exemplo, alegando-se que este estaria “usurpando” as atribuições do Legislador inerte no caso da supressão de omissões. A autorização para isso, uma vez conferida pela Constituição e pelo ordenamento jurídico, transforma uma decisão, que a princípio deveria ser política, em acerto organizado pelos termos *jurídicos* do problema.

Sendo assim, também o Poder Judiciário e, de maneira especial, o Tribunal Constitucional, é considerado representante legítimo do poder estatal, restando autorizada a criação de soluções jurídicas para as disfunções do Legislador e Administrador omissor ou abusador de suas prerrogativas institucionais.

A independência entre Poderes só funcionará de maneira ótima caso haja *harmonia* entre eles, e esta, de sua vez, só poderá ser obtida caso haja o reconhecimento de que entre os

³² De um lado, Hans Kelsen acreditava que o controle de constitucionalidade das leis era função exercida pela Corte Constitucional na qualidade de “Legislador negativo”. Em suas palavras “[...] anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto ela própria uma *função legislativa*” (KELSEN, 2013, p. 151-152, grifo nosso). Já para outras correntes, a jurisdição constitucional estaria autorizada a exercer funções políticas de “Legislador Implícito” [positivo] através da seguinte ideia: “A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘*legislador implícito*’” (VIANNA, 2014, p. 21, grifo nosso). Ambas essas ideias, no entanto, não se apoiam pelos rumos tomados neste estudo.

Poderes existe verdadeira função de *coordenação* ou *colaboração recíproca*, da qual a função de controle é consentâneo essencial. Sendo assim:

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição entre outros [...] É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estar Social, uma *nova leitura* sobre o vetusto dogma da separação de Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um *efeito paralisante* às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido. (CUNHA JR., 2015, p. 442)

Tal efeito paralisante, como descrito, pode ser reputado como característica levada a cabo pelas visões procedimentalistas puras que instituem a crença exacerbada na teoria clássica da “separação dos poderes”, não permitindo que o Tribunal Constitucional institua soluções alternativas, para os problemas que a política, administrativa ou legislativa, não foi capaz de resolver.

Para aceitar essa nova perspectiva em torno da separação dos poderes, há que se ter em mente duas ideias: a primeira, ligada ao procedimentalismo, destaca que a decisão judicial só poderá ser considerada racional quando estiver embasada no direito e na lei; já a segunda, inspirada pela visão substancialista, disciplina que o exercício do controle entre as funções estará bem justificado quando considerado que, em qualquer esfera que se insira, o Poder deve ter como fonte de legitimação não outro princípio a não ser o de Justiça, sendo este objetivo o que “[...] define a estrutura básica da sociedade, distribuindo direitos e deveres fundamentais e determinando a divisão adequada de benefícios e encargos voltados à cooperação social” (RAWLS, 1997, p. 57).

Desta feita, mais uma vez se pondera que a crítica feita também ao princípio da separação dos poderes gira em torno da noção do *equilíbrio* entre os argumentos. Isso significa que apesar de ínsita ao sistema, a função de controle somente será definitivamente carregada quando houver abusos por parte dos demais poderes estatais de forma suficiente para atrair a competência do Tribunal, e desde que atendidos os pressupostos procedimentais para sua provocação.

Quer dizer também, de outro lado, que diante desses evidentes abusos, não poderá o Judiciário deixar de atuar conclamando a máxima da “independência” entre os Poderes como escusa, uma vez que esta só poderá funcionar adequadamente caso as funções estatais estejam bem sintonizadas aos anseios de concreção que se dispõem no texto da Constituição.

Não seja por isso, passa-se a questionar a ideia de que a jurisdição constitucional funcionaria como palco adjunto às funções políticas, já que este argumento enfraquece tanto a legitimidade democrática do órgão quanto a funcionalidade das atuações de controle executadas pela Suprema Corte.

4.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O FENÔMENO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA”

O termo *judicialização da política* foi cunhado inicialmente por Tate e Vallinder ao pesquisarem sobre a incontestável expansão do poder judicial no território norte-americano e em diversos outros países, incluindo-se entre eles os países da América Latina inseridos no contexto do processo de redemocratização após regimes ditatoriais (TATE; VALLINDER, 1995).

Por meio dessas ideias, justificar-se-iam determinadas condutas por parte dos órgãos do Poder Judiciário que pudessem interferir diretamente nas tarefas ligadas originalmente às atividades do Executivo e do Legislativo.

Dessa maneira, a judicialização da política seria uma das faces do chamado “ativismo judicial”, significando tanto “a dominação da negociação não judicial ou das arenas deliberativas por procedimentos judiciais ou legalísticos”, como “a infusão de procedimentos jurisdicionais dentro das arenas políticas nas quais estas ainda não residiam” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5, tradução nossa)³³.

Na tentativa de aclarar as ideias originariamente dispostas por estes dois autores norte-americanos, Maciel e Koerner elucidaram que:

Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114)

³³ “The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial power, which, for brevity, we shall frequently refer to as ‘the judicialization of politics’. Another, less dramatic instance of the expansion of judicial power, or judicialization, is the domination of nonjudicial negotiating and decision-making arenas by quasi-judicial (legalistic) procedures” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5).

No Brasil, Luiz Werneck Vianna (2014) recepcionou o termo para indicar como a Constituição de 1988 elevou essa função de controle do Judiciário por meio da expansão do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis e também do correspondente aumento da “comunidade de intérpretes” legitimados a provocar este controle.

Apesar de fazer a expressa ressalva de que a *judicialização da política* não implicaria assunção de novos papéis por parte de antigas instituições, a ideia exposta permitiu que se assumisse a premissa de que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho desta tarefa, estaria investido de atividade de natureza política, ou como referenciado anteriormente, atuaria nas funções de Legislador negativo ou positivo, a depender do caso.

Somando a isso a circunstância de a grande maioria destas ações ser provocada por órgãos de natureza política (governadores, partidos políticos etc.), além de estas demandas acarretarem aumento da responsabilidade dos juízes e dos tribunais em justificar suas decisões, levou-se à formação de segmento doutrinário que deposita a confiança da função criativa ou integrativa do Tribunal a esta operação de “judicialização da política”.

Muito embora este argumento aponte para a já mencionada imbricação existente entre Direito e Política, não se pode olvidar que a influência deste último sistema sobre o primeiro deverá observar certos limites, sob pena de confundirem-se as funções institucionalmente atribuídas a cada órgão de Estado.

A “judicialização da política”, isto é, um controle judicial não sobre a natureza jurídica da decisão política (o que seria legítimo), mas um controle político, no Judiciário, do mérito exclusivamente político da decisão, é sintoma desse desvio de função. A intromissão oposta, isto é, a pretensão do sistema político em determinar a plástica e o alcance da decisão judicial – a “politização do Judiciário” – é o outro lado do problema, revelador de um sistema jurídico incapaz de manter seus limites e de um sistema político expansionista. Os dois fenômenos são perversos para a democracia. (CAMPILONGO, 2011, n.p)

Ainda que se assuma que o aumento significativo dos procedimentos de controle de constitucionalidade represente a inserção de aspectos políticos na atuação do Supremo Tribunal Federal, deve-se alertar, por exemplo, que quando determinada Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é ajuizada, a lei está formada, estando, por isso já *juridicizada*.

E é bem por este motivo que, no Brasil, o controle judicial abstrato das inconstitucionalidades é feito na modalidade estritamente repressiva, já que o controle

judicial preventivo, somente é permitido para contestar a inconstitucionalidade na modalidade formal e concreta do procedimento legislativo³⁴.

Isso revela que o Supremo apenas poderá solucionar conteúdos que já estejam devidamente revestidos do caráter de juridicidade representado pela digitalização interna do produto das discussões políticas para dentro do sistema jurídico. Não fosse por isso, não seria o parâmetro de controle utilizado um instrumento jurídico-normativo, qual seja, a *Constituição*.

Dessa forma, reconhece-se que os atributos que o sistema jurídico confere à atividade por si desempenhada, permitem à Corte Constitucional que atue de maneira impulsionadora, sem que seja preciso a investidura em funções políticas e governamentais de Estado, o que também não retira a natureza democrática da sua atuação.

Diante disto, há que se reiterar que a judicialização da política, embora seja apontada como inevitável circunstância em face da complexidade das demandas e das necessidades sociais brasileiras, deverá ser vista com ressalvas quando levadas em conta as atividades desempenhadas no âmbito da jurisdição constitucional.

Alerta-se, portanto, que mesmo em havendo nesta esfera, discussão sobre questões que possuam evidentes *repercussões* políticas, elas não poderão deixar de ser resolvidas no âmbito jurídico, sob pena de comprometimento da *legitimidade* da decisão constitucional. Assim:

[...] se é verdade que a justiça constitucional tende a resolver conflitos de natureza política, não menos certo é que essa resolução se faz *por critérios e métodos jurídicos*. Assim, a jurisdição constitucional, a despeito da natureza política das controvérsias que ela se propõe a solucionar, é desempenhada com o emprego de *critérios jurídicos*, até porque ela somente pode afastar a incidência de uma lei, quando fundamentada e exercida com supedâneo no Direito, ou seja, sob o parâmetro de uma Constituição [...] (CUNHA JR., 2008, p. 404, grifo nosso)

Dessa maneira, é preciso relacionar que, embora o conteúdo das questões trazidas ao palco da jurisdição constitucional possa ser de natureza política, as atividades desempenhadas pelas distintas instâncias de poder não guardam relação de identidade já que, enquanto no âmbito político se emprega discussão de natureza pragmática e retórica, para o direito

³⁴ Sobre essa possibilidade, destaca-se: “Já quanto à possibilidade de controle judicial preventivo de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição ou de lei, quando o vício de inconstitucionalidade for *formal ou procedimental*. Nesse caso, o STF tem admitido o cabimento do mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, §7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda hipótese.” (CUNHA JR., 2016, p. 103-104).

importaria o discurso argumentativo voltado à aceitabilidade racional do produto de sua atividade como já referido nos termos das teorias anteriormente descritas.

Embora esse argumento aparentemente descarte o apelo substancialista previamente realizado, ele, em verdade, o reforça. Quando se aplicam e interpretam os dispositivos materiais da Constituição, a despeito das abstrações político-ideológicas que o problema eventualmente possa ter, torna-se possível encontrar soluções jurídicas satisfatórias para os problemas trazidos a julgamento com base em argumentos que não estão sujeitos aos decisionismos e à natureza cambiante da atividade parlamentar.

Assim, tais soluções jurídicas terão o condão de alterar a sociedade em perspectiva, sem deixar de levar em consideração a tradição e os valores já sedimentados no âmbito do texto constitucional. Por isso é que se justifica a aplicação da visão construtiva dworkiana do Direito como *integridade*.

Quando o problema político é levado ao Tribunal Constitucional deverão ser dispensadas as circunstâncias de subjetividade e voluntarismo que são inerentes às discussões parlamentares. Com isso, o Supremo Tribunal contribui para a manutenção da *coerência* do sistema jurídico a despeito das investidas arbitrárias ou das inércias estatais que representem frontais violações às disposições normativas da Constituição.

O Tribunal Constitucional pode, com suas sentenças, contribuir de maneira decisiva a que esse consenso inicial [da Constituição] se reatualize permanentemente, preservando o texto constitucional das interpretações e instrumentalizações partidárias que possam pretender os distintos governos e centros de poder, mantendo sua supremacia efetiva sobre as forças políticas e seus produtos jurídicos ocasionais, assegurando seu papel como regra objetiva do jogo para presidir a impugnação e a articulação das ditas forças como estatuto supremo de nossa sociedade. (ENTERRÍA, 2001, p. 207, tradução nossa)³⁵

Percebe-se, com isso, que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer as funções de controle institucional e uniformização das interpretações do conteúdo da Constituição, nada mais estará fazendo do que colocando em prática os sentidos jurídicos deste documento, não havendo que se falar que o Tribunal Constitucional estaria por esse meio “invadindo” a esfera de atribuição de outros “Poderes”, ou se exacerbando no uso de suas prerrogativas próprias.

³⁵ “El Tribunal Constitucional puede, con sus sentencias, contribuir de manera decisiva a que ese consenso inicial se reactualice permanentemente, preservando al texto constitucional de las interpretaciones y la instrumentalización partidista que puedan pretender los distintos Gobiernos y centros de poder, manteniéndose su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel como regla de juego objetiva para presidir la pugna y la articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de nuestra sociedad.”

Essa atuação substancial, como já referido no capítulo anterior, não se encontra apenas *autorizada*, mas, em verdade está *determinada* pela Constituição, quando ela dispõe, por exemplo, como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem comum e a erradicação da pobreza.

Sendo assim, o papel da Suprema Corte, para os casos de invalidação de leis ou de adoção de soluções criativas para fins de supressão das omissões inconstitucionais não pode ser reputado como agir meramente político ou partidário. Em verdade, será fruto do já mencionado “acoplamento estrutural” existente entre a política e o direito representado pela figura da Constituição.

Isso quer dizer que, apesar de exercer uma atividade de análise conceitual pouco mais elevada e de maior dificuldade que o labor judiciário ordinário, a jurisdição constitucional seguirá sendo uma atividade de natureza jurídica, podendo-se extrair daí a característica de ser reputada como legitimamente democrática.

Dessa maneira, ainda que haja discussão do fenômeno político na fase endoprocessual, com oitiva de instituições interessadas, realizações de audiências públicas, e fundamentação decisional baseada em outros argumentos que não estejam vinculados ao direito propriamente dito, a atividade da jurisdição constitucional será sempre jurídica, não só pelas ferramentas e procedimentos que por ela são manejados, mas também pelo imperativo de que os valores que norteiam a criação da decisão estejam devidamente embasados nos conteúdos principiológicos da Constituição.

O fato de a jurisdição constitucional não se debruçar sobre casos concretos, mas sobre demandas abstratas e de natureza extraordinária também não retira a juridicidade desta função. Buscar sentidos constitucionalmente adequados para invalidar leis em abstrato ou para criar soluções gerais para suprir as insuficiências das demais instâncias de poder não podem ser consideradas como tarefas meramente políticas. Há que se reconhecer que essas funções tem o único e especial desiderato de operacionalizar a Constituição e seus valores substanciais.

Isto reforça a ideia de Constituição como *norma*, cogente e imperativa, e não como simples conselho que deva ser acolhido ou não pelos “Poderes”, incluindo-se entre eles o Judiciário e, de modo especial, o Tribunal Constitucional.

Em termos simples, a ciência jurídica não pretende o conhecimento da realidade social e política [...]; pretende fazer operativo o mundo das normas jurídicas, simplesmente, e o fazer servindo a seus fins próprios, e isso, que parece tão simples,

requer, todavia, um sistema de racionalização completamente diverso do que aquele próprio das ciências da realidade. (ENTERRÍA, 2001, p. 28, tradução nossa)³⁶

Por isso é que também se faz importante desmistificar a máxima, segundo a qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal estariam “menos vulneráveis” às pressões da “[...] demagogia eleitoral de caça aos votos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 89).

O fato de lidarem com questões de natureza política, e de sua investidura no cargo ser fruto da indicação e aprovação também políticas, demonstra que esses Ministros estarão inevitavelmente expostos aos riscos que envolvem a representatividade democrática. Dessa maneira, permitir a aplicação da “judicialização da política” ou da “politização da justiça” a esta esfera, seria mais uma forma de acentuar tais riscos democráticos que colocam todos estes entraves à atuação integradora do Supremo Tribunal.

Por isso é que, apesar de não rechaçarmos por completo o fenômeno da “judicialização da política”, que terá aplicação para os órgãos jurisdicionais que sejam competentes para o impulsionamento de políticas públicas e para a efetivação dos direitos sociais em *casos concretos*, acreditamos que ela não deva ser vista da mesma maneira no âmbito da atuação abstrata do Supremo Tribunal Federal, não ao menos pelos caminhos que o argumento enveredou até o momento.

Em verdade, a atuação do Tribunal Constitucional e o objeto por ele tratado não comportam decisões que tenham o condão de fazer-se substituir nas funções do legislador ou do administrador, mas tão somente de controlá-los e de fazer cumprir os impulsos que são dados pela Constituição.

Sendo assim, ceifa-se em definitivo a crítica à “falta de legitimidade democrática” da Corte Constitucional, uma vez que as atividades de concretização e “ativismo” feitas por este guardião da Constituição em torno de direitos fundamentais deverão estar substancialmente parametrizadas por suas prescrições, não se limitando apenas a argumentar sobre os riscos de arbítrio, ou de interferência nas questões que hipoteticamente deveriam ser deixadas à política, rememorando-se mais uma vez que o aparente embate entre procedimentalismo e substancialismo é mais uma questão de equilíbrio e não de contradição propriamente dita.

³⁶ “Sencillamente, la ciencia jurídica no pretende el conocimiento de la realidad social y política [...] pretende hacer operativo el mundo de las normas jurídicas, simplemente y hacerlo sirviendo a sus fines propios, y esto, que parece tan simple, requiere, sin embargo, un sistema de razonar completamente diverso del que es propio de las ciencias de la realidad”

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES E LIMITES

Como referido anteriormente, a evolução do neoconstitucionalismo levou ao reconhecimento da importância da concepção substancialista em torno das funções da jurisdição constitucional. Essa perspectiva também é uma das responsáveis por reforçar a tese da força normativa da Constituição, considerando-a como “[...] um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e, ao mesmo tempo, condicionantes dela” (CUNHA JR., 2008, p. 35).

O referido conceito pressupõe que, para além da sua acabada conformação, a Constituição também seria fator de impulso à modificação da realidade vigente, possuindo seus dispositivos diversas classes e graus de aplicabilidade para o desempenho desse mister. Estejam eles expressos por meio de regras ou de princípios, o que se deve ter em mente é que todos estes dispositivos constitucionais gozam do atributo da “pretensão de eficácia”, de acordo com as lições cunhadas por Konrad Hesse (1991).

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal teria diante de si o desafio de superar certos argumentos que limitam tal atributo, reconhecendo em definitivo o seu papel como instituição impulsionadora da sociedade às finalidades determinadas pela Constituição.

Sendo assim, deverá se considerar, em primeiro plano, que a atribuição de sentidos jurídicos às prescrições normativo-constitucionais não é uma tarefa meramente descritiva, mas de *reconstrução* de significados, tendo por intuito o ato de “potencializar a realização da justiça” (SOARES, 2010a, p. 136).

[...] é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico [...]. (ÁVILA, 2014, p. 54)

Apesar de parte da doutrina acreditar que a atividade de reconstrução se identifique com atividade “criadora” do Direito, equiparando-a à função legislativa, ela não deixará de ser de natureza *judicial*. Isso porque, como referenciado anteriormente, a interpretação e a aplicação do Direito pelos Tribunais não se confunde com a atividade de edição de diplomas

normativos atribuída aos agentes do poder político de acordo com o sistema de divisão funcional vigente.

Essa ideia importará, principalmente, para a reafirmação de que aplicar os dispositivos constitucionais em caso de omissões ou violações perceptíveis a direitos fundamentais não é um ato de interferência institucional indevida, mas representa, em verdade, tarefa materialmente designada ao órgão exercente da jurisdição constitucional.

E isso se afirma com vias a reforçar que adotar argumentos substancialistas não é o mesmo que fazer com que a jurisdição constitucional extrapole suas atribuições ou que sua atuação concretista faça enfraquecer a democracia. Nem significa confiar ao juiz constitucional todo o sucesso ou insucesso do regime democrático, depositando nele uma “competência ilimitada”, ou responsabilizando-o por aplicar a chamada “justiça total” (GARAPON, 2001, p. 25).

Sua missão seria, em verdade, a de corresponder (no sentido de responder *solidariamente*) pelas expectativas sociais existentes, não havendo que se falar em atuação arbitrária quando o que se estiver a fazer seja a correção de disfunções sistêmicas ou o impulsionamento dos valores expressos no texto constitucional para dentro da realidade na qual se queira aplicá-los. Em verdade, a referência e o parâmetro para as atividades de interpretação e aplicação das normas constitucionais são encontrados no próprio ordenamento. Nesses termos:

[...] a substantividade da Teoria da Constituição se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda-se em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo moderno. (SOARES, 2010b, p. 123)

Para o cumprimento destas funções, deve-se ter em mente, que apesar de a interpretação e a aplicação das normas constitucionais estarem guiadas pelo princípio da unidade, e de se argumentar, em decorrência disto, que não haveria, *a priori*, hierarquia entre os dispositivos constitucionais, é possível perceber que seu texto apresenta determinados valores materiais que poderiam gozar de posição de predominância ou pelo menos de *status* diferenciado na aplicação normativa em virtude de servirem de norte para a atuação estatal.

Enquanto as normas de organização e procedimento são *meios* para atingir determinados resultados, os valores fundamentais positivados na Constituição são os *fins* para os quais essas funções apontam.

Por isso, não se pode negar sua força normativa e a vinculatividade de suas normas, sob pena de se retirar deste documento os atributos de impulsionamento social na forma descrita. Percorrendo esta análise, pode-se defender a posição de referência que ocupam os valores substanciais da Constituição, senão vejamos:

Em suma, como podemos observar das Declarações sumariamente examinadas, é nítida a opção pelo Estado como *instrumento*, e pelo homem como o *fim*. Não foi sem propósito que a Constituição Brasileira de 1998 dispôs, primeiramente, dos direitos fundamentais (Título II) e, somente após, da organização do Estado (Título III) e do Poder (Título IV), dando claras amostras de que o Estado é o *instrumento* por meio do qual o homem – o *fim* – satisfaz seus direitos. O Estado só existe e só se justifica se respeitar, promover e garantir os direitos fundamentais do homem. (CUNHA JR., 2015, p. 483)

Tendo em vista este atributo de *instrumentalidade* estatal e dos meios dos quais seus órgãos dispõem para a salvaguarda dos direitos mais basilares da pessoa humana, é possível vislumbrar que os dispositivos constitucionais responsáveis por direcionar a atividade pública, não apenas organizam o poder, mas, em verdade, colocam-no em função de tais objetivos e finalidades.

Sobre isso, Otto Bachof (2009) teria criado, na Alemanha, proposta teórica que previa até mesmo a existência de graus hierárquicos distintos entre as normas constitucionais, concluindo que seria possível a declaração de inconstitucionalidade de normas também constitucionais por violações ao direito chamado por ele de “supralegal”.

Com isso, o autor pretendia defender a existência de preceitos materiais fundamentais da Constituição em detrimento de “[...] normas constitucionais de significado secundário” (BACHOF, 2009, p. 54).

Nesse caso, apesar de muitos o acusarem de jusnaturalista pela referência que faz a postulados de justiça como “[...] respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, proibição da degradação do homem num objeto, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, exigência da igualdade de tratamento e proibição do arbítrio” (BACHOF, 2009, p. 2), é de se ponderar que esta não poderia ser uma crítica absorvida para o caso brasileiro, já que todas estas expressões, apesar de seu evidente vértice axiológico, estão devidamente positivadas pela nossa Constituição Federal, gozando de natureza deontológica e por isso, de força normativa. A transferência dessas ideias ao contexto constitucional brasileiro pode ser destacada da seguinte ideia:

[...] seja por tratar de uma opção material claramente perceptível na Constituição de 1988, seja por decorrer de um consenso universal, seja pela necessidade de construir

um ambiente no qual procedimentos democráticos e equitativos possam funcionar, a prioridade das normas que diretamente promovem a dignidade – quando em conflito insuperável com outras cuja relação com o bem estar individual seja apenas indireta – encontra-se amplamente justificada do ponto de vista jurídico e racional. (BARCELLOS, 2005, p. 270)

Seguindo essa linha, o art. 60, da CRFB, determina em seu §4º, a existência de determinados imperativos, os quais, devido a seu grau de importância no papel de contenção das forças estatais, não podem estar disponíveis à discricionariedade do poder constituinte derivado, atribuindo-se-lhes caráter de super-rigidez que impede a sua total abolição do ordenamento jurídico através de emendas constitucionais.

O referido dispositivo elenca categorias normativas sobre as quais não se pode apresentar proposta de emenda que as intencione abolir. São os mandamentos de rigidez: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes e IV – *os direitos e garantias individuais*.

Sobre esse último inciso, ressaltamos que, apesar de o termo “individuais” adjetivar “direitos e garantias”, entendemos que o dispositivo não pode sofrer interpretação limitativa, abrangendo apenas os direitos fundamentais de natureza individual³⁷. Em verdade, a proteção da super-rigidez constitucional “[...] alcança todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais” (CUNHA JR., 2015, p. 207).

Ademais, é preciso destacar que, para além da super-rigidez de todo o rol de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional, é preciso alertar para o fato de a Constituição apresentar em posição propedêutica uma gama de valores, objetivos e fundamentos que condicionam as atividades, não apenas do legislador e constituinte derivado, mas também de todo e qualquer órgão do poder estatal. Sendo assim, os exercentes do poder, eleitos ou não, deverão observar as seguintes disposições no desempenho de suas funções:

- a. Um *preâmbulo*, que, apesar de considerado por muitos como desprovido de força normativa³⁸, revela que a Constituição por ele inaugurada está inserida no

³⁷ Exemplo de defesa desta percepção limitativa encontra-se no texto de Gilmar Mendes, o qual entende que a proteção dada pelo art. 60, §4º, inciso IV da Constituição se limitaria aos direitos elencados no art. 5º. Para ele: “[...] enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade – guardam, na sua essência, certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo”. (MENDES, 2009, p. 452).

³⁸ As discussões sobre a força normativa ou não do preâmbulo iluminam diversos trabalhos doutrinários, estando presentes também nas decisões do Supremo Tribunal Federal quando seu texto é clamado como fundamento jurídico para as demandas que lhe são postas. Como exemplo da resistência ao reconhecimento da natureza

contexto de um “Estado Democrático”, com claro objetivo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores *supremos* da sociedade;

b. Um *Título I* no qual se determinam:

b1. Como *fundamentos do Estado* os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e do pluralismo político (art. 1º), sendo que, através dessas ideias se reconheceu que “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2012, p. 80);

b.2. Como *objetivos* a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades (art. 3º);

b.3. Como *princípios para suas relações com outros Estados* a prevalência dos direitos humanos e a cooperação para o progresso da humanidade (art. 4º);

c. Um *Título II*, no qual se dispõem em posição de destaque os *direitos e garantias fundamentais*, individuais e coletivas, que salvaguardam aos indivíduos direitos não só direitos à liberdade, igualdade (art. 5º), mas também direitos sociais (art. 6º) e políticos (art. 14);

d. Um encerrativo *Título VIII* que elenca diversas disposições genéricas (*direitos de todos*) e vinculativas (*deveres do Estado*), como os direitos à saúde (art. 196), à educação (art. 205), e ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225).

Significa dizer que, no exercício da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal deverá estar pautado pelas exigências constitucionais acima descritas. A evolução das perspectivas em torno dos direitos fundamentais modificou a forma de percepção das funções estatais sobre estes sobrevalores, havendo que se ponderar, pelo atual estado de coisas, que o maior desafio dos tempos atuais na realidade brasileira não é mais o de reconhecer positivamente estes direitos, mas sim de garantir seu pleno exercício e gozo por parte dos jurisdicionados.

jurídico-constitucional, e, portanto, normativa, do preâmbulo temos o entendimento visto na ADI 2076/ACm de Relatoria do Ministro Carlos Velloso: “O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica.” (BRASIL, 2002).

Por isso é que se diz que, em uma etapa atual, ultrapassadas as ingenuidades do direito natural clássico e da equiparação entre os sistemas do Direito e da Moral, “[...] a maior preocupação reside na busca da efetivação desses direitos” (CUNHA JR., 2015, p. 496).

Nesse esteio, será feito a seguir um esboço acerca das características e potencialidades das normas definidoras de direitos fundamentais, determinando-se as possibilidades diante das quais o Supremo se encontra para desempenho do encargo de efetivação, ainda que esta se dê nas demandas de questionamento das leis e atos normativos em abstrato.

Para isso, no entanto, deverá encarar a realidade que aponta para o fato de que, apesar de estarem à mão do Tribunal Constitucional, essas possibilidades de edição de soluções com potencial de efetividade serem deixadas de lado em prol de um discurso isolacionista que coloca em risco a eficácia integradora da Constituição.

Se a previsão normativa de valores fundamentais existe, e se ela é invocada por aquele que, de maneira legítima e regular, provoca a jurisdição constitucional, não deveria haver razões para a recusa da aplicação prática de tais valores, já que ao operador é dada a prerrogativa de ajustar-se em maior ou menor grau às finalidades impostas pela Constituição, não deixando de se esquivar delas por invocar não estar juridicamente respaldado para tal.

Posturas assim demonstram que o rechaço à tese substancialista cria a figura de um Judiciário impotente, e até mesmo reforçador do “Estado Legal” ou “Estado Providência” em suas formas puras, em detrimento das pretensões do “Estado Democrático Constitucional de Direito”, que pretende garantir os direitos fundamentais em todas as suas frentes, elevando o seu potencial de também conformar a realidade e cumprir com sua força normativa conforme será descortinado a seguir.

5.1 CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS POTENCIALIZADORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se percebe, a partir da leitura do título deste trabalho, e pelas razões já expostas até o momento, o seu intuito é o de demonstrar como a visão complementarmente substancialista da jurisdição constitucional seria capaz de fomentar o processo de efetivação dos direitos fundamentais através da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Para completar este raciocínio, é necessário analisar determinados atributos conferidos aos direitos fundamentais, estes responsáveis por justificar dogmaticamente as possibilidades deste processo de concretização através da atuação jurisdicional.

A primeira característica de relevo seria, então, o fundamento primordial que direciona, direta ou indiretamente, todos os direitos fundamentais: a *dignidade da pessoa humana*, também designada de “fundamento dos fundamentos”. Este seria o *critério unificador* dos direitos fundamentais e *vetor de interpretação* para toda modalidade de lei ou ato normativo do ordenamento, incluindo os de natureza constitucional.

Apesar das discordâncias teóricas sobre a natureza jurídica desta construção, em virtude da sua maior abertura semântica e à necessidade de recurso aos temas da Filosofia para bem compreendê-lo, é de se destacar que ele não poderá ser considerado uma mera abstração ou termo de natureza puramente axiológica, uma vez que a Constituição brasileira o consagra como um dos *fundamentos da República brasileira* (art. 1º, inciso III).

Dito isso, é necessário apontar que, embora seja um termo de difícil conceituação, existe na doutrina determinado consenso em se fazer referência à concepção kantiana de dignidade da pessoa humana, representada pela máxima: “[...] a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse” (SOARES, 2010b, p. 128).

Nesses termos, a pessoa humana não poderá se comparar com as *coisas*, que são valoradas pelo qualitativo do *preço*, em virtude de seu atributo de *instrumentalidade*. Desse modo, assevera-se como repudiável toda e qualquer espécie de conduta que venha a reificar ou instrumentalizar o ser humano.

A consolidação dos direitos fundamentais representa o fortalecimento desta ideia nas diversas modalidades de interação entre o Estado e a pessoa humana e entre as próprias pessoas humanas em suas relações privadas. Por isso é que se diz que todos os direitos e garantias fundamentais, ainda que em diferentes intensidades, são reconduzidos à noção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

Sendo assim, o “fundamento dos fundamentos”, apesar de ser um termo de cunho filosófico e tessitura aberta, não perderá seu caráter de núcleo essencial e parâmetro de justificação dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, considerando-se que todos eles deverão objetivar não outra coisa a não ser a visão do homem como fim em si mesmo, e não como objeto à disposição do poder estatal ou do poder privado.

Por isso é que se diz que seu conteúdo “[...] reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais” (SARLET, 2012, p. 52), e, nesse caso, de maneira especial, ao Supremo Tribunal Federal.

Dito isso, é preciso reconhecer que, embora as prescrições de direito fundamental também se inscrevam na Constituição através de conceitos mais abertos, e, por isso,

majoritariamente sobre a forma de *princípios constitucionais*, devemos reafirmar que ainda assim não deixarão de também possuir o atributo da força normativa.

Neste sentido, e com suporte nas ideias de Humberto Ávila (2014), compreendemos que quando um dispositivo normativo se configura na forma de um princípio, as finalidades por ele impostas deixam de ser meros valores axiológicos ou conselhos aos destinatários para se investir dos atributos da *generalidade* e *imperatividade* atribuídos às normas jurídicas.

Partindo do problema da *forma* de apresentação dos direitos fundamentais para a sua *abrangência*, é preciso apontar para o fato de o art. 5º, §2º, da Constituição Federal consagrar a abertura material dos direitos fundamentais, atribuindo-se-lhes, então, a característica da *inesgotabilidade*.

Em reprodução ao teor do mencionado artigo é de se definir, por meio deste conceito, que os direitos fundamentais já existentes e elencados em todo corpo constitucional “[...] 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” (art. 5º §2º CRFB).

Isso demonstra que as atuações em torno dos direitos fundamentais devem tender a ser sempre *expansivas*, e não restritivas, ainda que regidas pelo princípio da unidade e pelo caráter da relatividade que significa a possibilidade de “cedência recíproca” entre direitos fundamentais em eventual conflito³⁹.

A ideia de *relatividade* dos direitos fundamentais, de sua vez, deve vir acompanhada do intuito do menor comprometimento possível do direito fundamental que demonstre ter menor relevância para preponderar no caso *sub judice*. Isso derivaria do também atributo da *indivisibilidade* dos direitos fundamentais que os coloca dentro de um mesmo regime jurídico, o que garante a base de fundamentação para o postulado da “coerência”, conforme será visto nos itens subsequentes.

Para o momento, no entanto, cabe destacar que o imperativo de “não abolição” está devidamente registrado no texto constitucional quando se consagra ao art. 60, §4º, IV que os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas indisponíveis à discricionariedade dos órgãos estatais. Nesse sentido, veda-se qualquer proposta “[...] tendente a abolir, mitigar, atenuar ou reduzir” (MENDES, 2009, p. 447) o sentido e as finalidades destes direitos.

³⁹ A “cedência recíproca” deriva da aplicação do postulado da concordância prática de aplicação normativa, e tem por objetivo fazer com que “valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários” (ÁVILA, 2014, p. 187) se harmonizem ao máximo, devendo-se buscar através de concessões recíprocas a harmonização entre os princípios eventualmente conflitantes, servindo a aplicação do postulado também ao atributo da unidade constitucional.

Em outras palavras, isso quer dizer que, se alguma operação houver que ser feita em torno dos direitos fundamentais, esta deverá ser a fim de garanti-los da maneira mais abrangente possível, e não para reduzi-los em sua eficácia, buscando-se nos dispositivos que impõem objetivos e finalidades ao Estado o fundamento racional para isso.

Dessa maneira, tais atributos aplicam-se aos direitos fundamentais em todas as suas modalidades, ainda que a sua origem não seja diretamente constitucional, ou, melhor dito, ainda que se trate de direito fundamental *por inferência* ou *decorrente*⁴⁰ conforme se expõe:

[...] os *direitos fundamentais implícitos* (aqueles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas) e *decorrentes* (aqueles decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição adota) e *os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas fora do catálogo e em tratados internacionais* (ou seja, aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes: são protegidos pela Constituição; não podem ser abolidos, nem mesmo por emenda constitucional e vinculam imediatamente os poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal. (CUNHA JR., 2015, p. 535)

Considerando, então, as razões do neoconstitucionalismo, do fenômeno da constitucionalização do Direito e as perspectivas diante da força normativa dos direitos fundamentais, e entre eles também os de origem decorrente, não há que se negar que diante das suas determinações, o Estado, por meio de suas instituições e procedimentos organizacionais, terá o dever de:

- (a) protegê-los;
- (b) organizar-se em torno dos objetivos por eles descritos;
- (c) garantir processos seguros e efetivos para sua reivindicação;
- (d) promovê-los por meio de decisões administrativas; e
- (e) *satisfazê-los por meio de decisões judiciais.*

Tal constatação se coaduna com a ideia da chamada por Cappelletti (1999, p. 62) de “justiça constitucional das liberdades” ou “*Grundrechtsgerichtsbarkeit*”, reafirmando o fenômeno da expansão da justiça constitucional, em diversos países de fundo democrático.

⁴⁰ Nesse particular, abrimos parênteses para registrar que o termo “implícito” pode gerar enfraquecimento do argumento da força normativa do direito fundamental sobreinterpretado da Constituição. Assim, como tentativa de evitar o esvaziamento do argumento da força normativa dessa modalidade indireta de direito fundamental, optamos por utilizar o termo “*direito fundamental por inferência*” ou “*direito fundamental decorrente*” de maneira genérica, reforçando o atributo da “pretensão de eficácia” em quaisquer das modalidades descritas.

Sendo assim, a “criação judicial do Direito”, como denominado pelo autor italiano, significaria um dos desdobramentos do neoconstitucionalismo, responsável por instalar a chamada “revolta contra o formalismo” desenvolvida nos países que se encontraram em situações estatais abusivas potencializadas pela crença de que o juiz seria “mera e inanimada boca da lei”. Nesse sentido, leciona:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haveriam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e, sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. (CAPPELLETTI, 1999, p. 33)

A partir deste paradigma, Cappelletti destaca que, não só os Ministros do Supremo, mas também todo e qualquer magistrado terá para si atribuída a tarefa de “criar o Direito”, ou, no termo por nós escolhido como mais apropriado para esta função, deverá *reconstruí-lo* a toda e qualquer demanda que lhe for colocada a crivo, seja ela concreta ou abstrata.

Esta atividade não pode ser confundida com a atividade legislativa, de natureza política, sendo que, por este motivo, optamos por nos filiar ao termo “*reconstrução*” para definir a tarefa da Corte em interpretar e aplicar o Direito, mormente em relação aos direitos fundamentais. Em relação a isso, vejamos:

O papel do intérprete e aplicador do direito seria, portanto, o de *reconstruir* racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, assim, com a dicotomia hermenêutica clássica que contrapõe a descoberta (cognição passiva) e a invenção (vontade ativa) na busca dos significados jurídicos [...] O de que se trata é de buscar identificar os princípios que podem dar *coerência* e justificar a ordem jurídica, bem como as instituições políticas vigentes. Cabe ao intérprete orientar-se pelo substrato ético-social, promovendo, historicamente, a *reconstrução* do direito, com base nos referenciais axiológicos indicados pelos princípios jurídicos. (SOARES, 2010a, p. 117, grifo nosso)

Sendo assim, apesar da crítica feita, coadunamo-nos, nesse ponto, com outra ideia exposta por Cappelletti (1999) quando este diz que o principal problema científico do observador do fenômeno constitucional não deve ser o de se indagar acerca da função “criativa” ou não dos Tribunais, mas sim a de compreender quais seriam os *modos e limites* para esta atuação que visa à efetividade dos direitos fundamentais.

Por isto, importante se faz vislumbrar nos seguintes passos a forma como tais direitos se revelam aos poderes públicos de maneira a considerar os direitos fundamentais, não apenas

como direitos subjetivos dos jurisdicionados, mas também como deveres institucionais do Estado, demonstrando, de maneira exponencial, como sua aplicação deve ser feita para que haja sua desejada promoção por meio das atividades de jurisdição constitucional.

5.1.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a consolidação da ideia de deveres institucionais

Ainda sobre os atributos de direitos fundamentais e sua forma de aplicação nas atividades do Poder Judiciário, é preciso destacar que, ao contrário do legislador, os membros do Judiciário não estão autorizados a se esquivar de decidir ou delongar-se em demasia na conferência de solução definitiva para os casos que lhes são postos em virtude da máxima da vedação ao *non liquet*, que lhes determina a obrigação de decidir.

Esse imperativo, de sua vez, deve ser visto com ainda mais cautela quando se trata da tutela abstrata e coletiva dos direitos da pessoa humana, uma vez que o potencial transformador dessas decisões é de amplo alcance, repercutindo por sobre toda a jurisdição do território nacional.

A diferença, em termos de dilação temporal, entre as atuações política e jurídica em torno dos direitos fundamentais pode ser bem explicada quando se refere ao §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal que determina terem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *aplicabilidade imediata*, demonstrando-se, com isso, a importância e urgência de se fazerem efetivamente operantes suas determinações na realidade prática do Estado brasileiro.

Otto Bachof (2009) aponta que a aplicação direta dos direitos fundamentais (*Aktualität*) e a vinculação do ordenamento jurídico ao princípio/postulado da igualdade são justificativas para a sujeição do legislador ao controle normativo exercido pelo órgão de aplicação do Direito.

Levando isto em conta, e avançando no estudo dos atributos potencializadores dos direitos fundamentais, é de se destacar que sua eficácia e aplicabilidade estão direcionadas aos Poderes Públicos da seguinte maneira: enquanto a *eficácia vinculante* obriga os Poderes Públicos a proceder a sua integral observância, a *eficácia dirigente* impõe ao Estado o dever permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Já a *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) impõe que os sobreditos direitos sirvam de diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação das normas constitucionais no ordenamento jurídico.

Sob esta perspectiva, e de acordo com a teoria de Robert Alexy (2008), extrai-se a concepção clássica de os direitos fundamentais serem concebidos, originariamente, como direitos públicos subjetivos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado, e que para além dessa esfera subjetiva eles também representam valores da comunidade que não somente o Estado, mas também toda a sociedade deve respeitar, proteger e promover. Em outras palavras:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2009, p. 2)

Nessa linha de raciocínio, Alexy (2008) descreve a chamada “*tese irradiante*”, prelecionando que o Tribunal Constitucional deve levar os direitos fundamentais para além da sua esfera subjetiva, entendendo-os como uma *ordem objetiva de valores* que impulsiona tanto a produção legislativa como a administração pública e a construção jurisprudencial, para além das relações estabelecidas entre os particulares.

Essa perspectiva, de sua vez, deriva do duplice carácter do princípio da dignidade da pessoa humana, representando, não apenas direitos subjetivos à sua proteção e promoção pelo Estado e particulares, mas também possuindo *dimensão intersubjetiva* que determina a existência de um dever geral de respeito por parte de todos, e principalmente por parte do Estado (SARLET, 2012).

Sendo assim, suas ações, planejamentos e decisões devem observância a este princípio e aos direitos fundamentais que nele buscam seu núcleo essencial de justificação:

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010b, p. 149)

Assim, os direitos fundamentais serão considerados junto aos poderes públicos como verdadeiros *deveres fundamentais*, demandando, não somente sua abstenção em sede de

liberdades individuais, mas também sua efetiva implementação através da conferência de prestações positivas constitucionalmente garantidas aos indivíduos.

Embora seja esta uma perspectiva salutar, ela é, ainda hoje, adotada de maneira tímida, não só pelo Tribunal, mas também por boa parte da doutrina constitucionalista pátria. Sobre isso, explicita de maneira crítica a lição de Ingo Sarlet:

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma 'herança liberal', no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos 'direitos subjetivos' em detrimento dos 'deveres'. Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança. Em virtude da necessidade de moderação do excessivo individualismo, bem como o caráter demasiado liberal atribuído à ideia de Estado de Direito, contemplando, dessa maneira, os elementos sociais e os deveres econômicos, sociais e culturais. (SARLET, 2009, p. 226-227)

A visão exposta denota que, ainda hoje, a dimensão subjetiva é vista em posição de predominância. Para as particularidades do objeto desse estudo, no entanto, é de se ponderar que não existem direitos subjetivos diretamente tuteláveis na discussão das ações de controle abstrato, mas tão somente *interesses genéricos* dirimidos no palco da jurisdição constitucional.

Por isso é que se pode criticar a adaptação deste ponto da teoria de Alexy (2008) para quem os direitos fundamentais, e dentre eles, as normas de procedimento, devem ser encarados, em primeira instância, como direitos individuais e sob a ótica subjetiva. Essa é uma visão que permite a adoção de posicionamentos tímidos da Corte em prol da já referida manutenção dos canais democráticos de comunicação.

Seguir nessa linha de pensamento, no âmbito das ações de controle abstrato, pode acarretar comprometimento da função integrativa da Constituição, negando-se, a partir do discurso procedimental, que o Tribunal se invista de suas prerrogativas institucionais para determinar soluções efetivas aos casos de violação estatal que devem ser por ela reprimidos.

É preciso perceber, pois, que o ordenamento jurídico, quando se coloca em função do homem, não o encara primariamente sob a forma do indivíduo concreto, mas sim em sua figura abstrata e interligada a tantos outros homens, o que garante a ideia de coletividade e da prevalência do interesse público sobre o privado.

Sendo assim, o Direito em abstrato, revelado no âmbito do reconhecimento de *deveres objetivos* expressos pelos direitos fundamentais, terá por finalidade criar impositivos que tenham por objetivo atingir os valores determinados na Constituição Federal de maneira coletiva e genérica.

Coadunar-se com a visão substancialista, nesse ínterim, permitiria que posturas em prol dos direitos fundamentais fossem tomadas sem receio à configuração de violações institucionais, justificando-se, por exemplo, que fossem adotadas medidas concretizadoras nas ações de controle das omissões, a exemplo da emissão de decisões provisórias ou assinalação de prazos para a edição da norma omitida e até mesmo a cominação de penalidades administrativas ao Legislador (órgão) em caso de indevida persistência da sua inércia.

No caso brasileiro, repita-se, o problema não está na falta de embasamento jurídico ou de instrumentos processuais adequados à concretização dos direitos fundamentais. Está, em verdade, na *priorização dos valores* escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal quando no julgamento das ações da jurisdição constitucional e pelos órgãos Legislativos e Executivos no âmbito de suas atuações institucionais.

É de se ressaltar que, embora utilizando os meios pertinentes, a norma constitucional aplicada, às vezes, deixa de atender ao imperativo de conformação, fazendo com que estes valores fundamentais percam sua força argumentativa diante das possibilidades procedimentais. Reverter este quadro seria, então, o principal papel da vertente substancialista inserida no âmbito da atuação do Tribunal.

A partir destas ideias, pode-se delinear entendimento acerca do instituto da *efetividade* dos direitos fundamentais. Este conceito está intrinsecamente ligado às ideias de *faticidade* na norma e de sua *operatividade* na realidade posta. A esse respeito, aponta-se:

Sustentamos, assim, que os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais, como concretização da dignidade da pessoa humana, impõem aos órgãos do poder político o *dever à efetivação* das normas constitucionais. É nesse contexto que se defende o *direito fundamental à efetivação da constituição*, com a emanação de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional. (CUNHA JR., 2015, p. 455, grifo nosso)

Para auxiliar nessa tarefa, o Tribunal está munido de conceitos-chave que conferem sentido aos termos abertos da Constituição, auxiliando no estabelecimento de possibilidades e também de limites a esta operação interpretativa. Como exemplo de tais conceitos-chave podemos destacar o princípio da *proporcionalidade*, da *razoabilidade*, a garantia do *mínimo*

existencial, a interpretação conforme a Constituição entre outros que serão melhor delineados quando da análise das práticas do Tribunal.

Por ora, destacamos que o atributo da *efetividade* implica obediência dos destinatários e do Poder Público à norma constitucionalmente imposta, havendo uma forte relação entre essa e o atributo da *coercibilidade*. Quando uma norma é efetiva, isso quer dizer que ela é posta em prática no cotidiano, aproximando o dever-ser normativo da realidade social.

E, para que isso aconteça, o ordenamento jurídico dispõe de diversos instrumentos visando imprimir a obrigatoriedade e a adesão a suas normas. A partir deste conceito é que se pode construir a vertente da “*justiciabilidade*” dos direitos fundamentais, quer na forma de tutela da sua defesa, quer na forma de concessão das prestações estatais requeridas pelos grupos de interesse social.

Admitir esta vinculação significa que, para além de se tutelar o amplo acesso à Justiça, a resolução da demanda deve ser satisfatória, sendo obtida por meio da utilização ótima dos instrumentos jurídicos disponíveis, de maneira a não deixar que o texto interpretado da Constituição seja meramente simbólico ou de natureza nominal.

E nisso residirá uma das principais teses substancialistas, a nosso ver acertada: a da vinculação dos poderes públicos “aos ditames da materialidade da Constituição”. Se se quiser evitar as dificuldades em se justificar porque apenas algumas normas constitucionais devem ser levadas a sério, correndo-se o risco de tornar o diploma constitucional uma “constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam emancipação”, há de se admitir, ao menos *a priori*, a plena vinculabilidade dos poderes públicos a todos os preceitos constitucionais. (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 158)

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais lhes retira o caráter de instrumentos voltados tão somente para a manutenção da abertura do sistema aos trâmites democráticos. Mais que isso, a tese substancialista vê os direitos fundamentais como verdadeiros valores substantivos, cuja proteção, garantia, fomento e satisfação devem ser finalidades precípuas da atividade pública.

Sua positivação sob a forma de princípios constitucionais fará com que sejam entendidos não de outra forma a não ser como elementos finalísticos que fundamentam “[...] uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido” (ÁVILA, 2014, p. 98).

Assim, as exigências da justiça e da concretização dos demais valores que constituem o ordenamento jurídico são *impositivas*, e devem ser atendidas pela atividade de reconstrução,

que não se limita às soluções “petrificadas ou esgotadas” da forma como se daria na atividade subsuntiva de aplicação das regras.

Dessa maneira, é preciso lembrar que o elemento finalístico da ordem constitucional já está descrito em seu texto, bastando apenas uma atitude “positiva”, e não restritiva do Tribunal, para implementá-lo.

Para isso é que se procede ao delineamento do *método reconstutivo* de aplicação das normas constitucionais, tomando-o como sugestão adequada em prol das atividades de interpretação e aplicação jurisdicional, de maneira a torná-las, não redutoras, mas potencializadoras da Constituição e dos direitos fundamentais.

5.1.2 Método reconstutivo: entre a tópica e a interpretação concretista

A Constituição está repleta de dispositivos com grande potencial de concretização. Além disso, fornece os meios adequados para legitimar a operacionalização desta atividade. Isto quer dizer que o problema da inefetividade de seus dispositivos reside mais nos caminhos de formulação decisória e na eleição de valores prioritários durante o julgamento do que nos instrumentos procedimentais existentes propriamente ditos.

Sendo assim, uma das preocupações basilares deste trabalho seria a de encontrar modalidades metodológicas de aplicação dos dispositivos constitucionais que importassem em menor sacrifício e maior potencialidade possível dos direitos fundamentais, levando em conta a posição de precedência da qual estes gozam a partir da aplicação da perspectiva substancialista.

Na tarefa de definição deste método interpretativo, aqui denominado “reconstutivo”, utilizamos de elementos dos métodos tópico e concretista de interpretação constitucional, bem como as já exploradas ideias de interpretação construtiva, formulada por Dworkin, e da hermenêutica heterorreflexiva, de autoria de Wálber Carneiro, correlacionando-os e adaptando-os à atividade do Supremo Tribunal Federal no julgamento das demandas abstratas.

Em relação às atividades institucionais do Supremo, consideramos, então, três modalidades de competências atribuídas pelo art. 102 da CRFB a este órgão de cúpula: a) as ações de controle de constitucionalidade por ação (ADI e ADPF); b) as ações de controle de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e; c) os recursos extraordinários movidos como demanda para a uniformização interpretativa dos dispositivos constitucionais.

No que tange às etapas do método reconstrutivo, destacamos a existência de quatro fases distintas, que, de maneira conjugada, lograriam analisar, não apenas os aspectos jurídicos da “questão constitucional”, mas também os aspectos da realidade circundante e a forma como estes se relacionariam com a ordem jurídica.

Assim teríamos as fases de:

- 1) Identificação do problema;
- 2) Pré-compreensão;
- 3) Heterorreflexão; e por fim,
- 4) Prospecção.

A primeira fase consiste em *identificar o problema constitucional* e estabelecer seus reais contornos. É atividade de definição do objeto de julgamento, que compreende duas subfases iniciais: A primeira se refere à averiguação do atendimento aos pressupostos formais para o manejo do instrumento processual utilizado pela parte legitimada; e a segunda está relacionada à compreensão do problema em si. Esta atividade é feita com a ajuda da formulação de *topoi* relacionados aos casos constitucionais analisados pelo Supremo.

Nas ações do controle de constitucionalidade em abstrato, a primeira subfase compreende a verificação de termos como a legitimidade ativa do ente postulante e a forma de revestimento formal do ato impugnado. A segunda subfase, de sua vez, circunscreve-se à análise material que visa delimitar o conteúdo da impugnação propriamente dita.

De maneira ilustrativa, no caso do controle das omissões, a segunda subfase envolverá a ponderação de aspectos como a “suficiência” do ato, nos casos de omissão parcial, e a “razoabilidade” do tempo entre a vigência do mandamento constitucional de regulamentação e a ausência do ato normativo apontado, em todos os casos.

Necessário destacar que, embora não aparente assim o ser, essa atividade de análise material também se aplica às impugnações sobre o vício de inconstitucionalidade por ação formal, pois, ainda que não haja mácula à significância do texto em si, circunstâncias fáticas como a insuficiência de *quorum* de aprovação ou falhas no procedimento legislativo serão responsáveis por identificar os contornos do problema constitucional trazido a julgamento.

É por via deste argumento que se pode impugnar, por exemplo, a existência da figura da “ação declaratória de constitucionalidade” no ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, as discussões comportadas nesta modalidade processual não se inserem na definição de “problema constitucional”, uma vez que as normas jurídicas já gozam *per se* do atributo da

presunção de constitucionalidade e que qualquer dúvida acerca de sua constitucionalidade ou não pode ser evidentemente questionada por meio das ações de controle negativo.

A par disso, devemos destacar que, para o caso das demandas interpretativas manejadas nos recursos constitucionais extraordinários, a primeira subfase da delimitação do problema se insere na análise dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de tal recurso. Já a segunda subfase consiste da análise específica de um destes pressupostos: a averiguação da denominada *repercussão geral*⁴¹.

Nesse sentido, o instituto da repercussão geral representa a preocupação da conformação do processo com os caracteres da realidade, para além da sua natureza de condição de procedimentalidade. Por isso é que, para o processamento deste tipo de demanda, é necessário analisar se existem “[...] questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 102, §3º, da CRFB).

Sendo assim, a fase tópica de delimitação do “problema” estará relacionada tanto à análise das condições de procedimentalidade do instrumento processual utilizado, como das circunstâncias fáticas do objeto questionado, quer em sede de controle abstrato de constitucionalidade, quer em sede de recurso extraordinário. Sendo assim:

“Pensar o problema” constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se entendeu equivocadamente inculcar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional. (BONAVIDES, 2015, p. 501)

A segunda fase do método reconstrutivo, de sua vez, demonstra a conciliação desta primeira pontuação da tópica aos elementos positivo-formais da discussão jurídica. Nesse momento, o foco passa a ser a norma constitucional parâmetro de controle de

⁴¹ O instituto da *repercussão geral* é definido em dois momentos pelo ordenamento jurídico brasileiro. No art. 102 §3º da Constituição Federal “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”, e no art. 1035 do Código de Processo Civil de 2015 que preceitua “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Sua definição ressalta a abstratividade desta tarefa relegada ao Supremo Tribunal Federal, que no julgamento dos Recursos Extraordinários não dará enfoque às circunstâncias dos casos concretos que o originaram, mas realizará tarefa de uniformização da interpretação constitucional para fins de manutenção da segurança jurídica do ordenamento.

constitucionalidade ou o(s) dispositivo(s) constitucional(is) sobre os quais se exija a tarefa de uniformização interpretativa no caso do recurso extraordinário.

A fase da *pré-compreensão*, portanto, já despontada no momento de identificação circunstancial do problema, se completa definitivamente quando se vislumbra a referência jurídica de atuação do intérprete/aplicador: o dispositivo constitucional incisivamente invocado por quem ajuíza a ação ou interpõe o recurso constitucional.

Nesse caso, “[...] a argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de partida uma espécie de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição” (BONAVIDES, 2015, p. 507). Com isso, a tarefa de interpretação e aplicação das normas constitucionais não se excederá na missão de compreensão axiológica (dos valores) e teleológica (dos fins) dos dispositivos jurídicos invocados, não havendo que se falar, portanto, nem em “criação judicial de Direitos” da forma como vem sendo utilizado pela vertente substancialista, nem em “politização” da decisão jurídica, como vem também destacando parte da doutrina publicista pátria.

A tarefa de “compreensão” dos termos constitucionais, de outra ponta, também não se deve confundir com a mera subsunção do problema ao texto escrito, mas deve sim buscar na redação do dispositivo o seu juízo de finalidade e valor embasante. Fazer isso implica trazer o atributo da relatividade dos direitos fundamentais a patamares mínimos com vias a evitar o comprometimento da realizabilidade prática do texto jurídico-constitucional.

A fase da “pré-compreensão”, portanto, pode ser relacionada a aspectos da interpretação “construtiva” de Dworkin, e de sua concepção do Direito como *integridade*. A delimitação jurídico-constitucional do problema é o que garantirá a segurança jurídica da decisão proferida, fazendo referência tanto ao elemento histórico, quanto ao elemento institucional do Direito invocado em juízo. É nesta fase que se ensinará a observância às condições de “[...] certeza, estabilidade e predizibilidade” (SOARES, 2010a, p. 101) da decisão judicial.

É necessário ressaltar que a fase de cognição prévia não se encerra apenas na análise do dispositivo invocado ou das reflexões jurídico-doutrinária que se tenham deles, mas faz referência também à *interpretação sistêmica*, que embora seja classicamente criticada pela tópica, faz-se de suma importância para a manutenção da unidade constitucional e da coerência do sistema jurídico. Como dito por Ávila:

No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais

importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado é o *postulado da coerência*, ao impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores. (ÁVILA, 2014, p. 165-166)

Há que se ponderar, portanto, que a visão do Direito como integridade não se completa apenas com a referência à tradição e história por detrás da norma jurídica, mas necessita também da investigação dos efeitos que se pretendem imprimir no futuro por meio da decisão judicial.

Com isso se autoriza o prosseguimento as demais fases do método reconstrutivo que têm por intuito específico a função de descortinar as possibilidades jurídicas decorrentes da decisão e os eventuais efeitos práticos que poderão ser sentidos por meio dela.

Sendo assim, a etapa da *heterorreflexão*, com permissão da utilização do termo originalmente cunhado por Wálber Carneiro (2011), é o que dará o caráter da “abertura pluralista” ao processo constitucional. Essa ideia se coaduna à concepção de Peter Häberle (1997), segundo o qual a Constituição é aberta à sociedade plural de intérpretes conforme já descortinado em momento anterior desta pesquisa.

A expressão do “atravessamento heterorreflexivo” do processo constitucional se dá em vários momentos processuais que permitem a inserção de opiniões, especializadas ou de interesse, auxiliando o julgador em sua atividade decisória.

Para o caso das ações de controle de constitucionalidade, por exemplo, tanto na modalidade por ação como na por omissão, percebe-se a existência deste momento processual quando se requer parecer qualificado e opinativo dos órgãos públicos que defendem o interesse público primário (Procuradoria Geral da República) e secundário (Advocacia-Geral da União), além de se ouvir o próprio órgão editor do ato impugnado ou negligenciado a fim de se aferir as razões que possam vir a derrubar a inconstitucionalidade eventualmente invocada.

Para além destes pareceres opinativos, a ordem jurídica também ampliou a participação do cidadão na formulação decisória das ações de inconstitucionalidade ao inserir ao art. 7º §2º, da Lei 9.868/99 a previsão da figura do *amicus curiae*.

De acordo com a recente definição estendida pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 482), este instituto seria aplicável aos casos de relevância material, utilizando-se da interferência opinativa de interessados e *experts* para iluminar o problema constitucional já “pré-compreendido” por meio de distintas perspectivas que não se inserem apenas no campo

jurídico, mas também vão buscar nas áreas sociológicas, econômicas, e até mesmo religiosas e morais as respostas que pretendam solucionar a contento o problema exposto:

Os intérpretes em sentido amplo entram assim a constituir parte ou elemento dessa realidade pluralista, enquanto se reconhece não ser a norma tampouco um dado simples, perfeito ou acabado, senão algo que faz suscitar o problema de quem participa funcional e pessoalmente no seu “desenvolvimento”, a saber, as forças ativas do Direito “em ação pública”. (BONAVIDES, 2015, p. 524-525)

Essa ambivalência demonstra que a tarefa de interpretação e aplicação normativa é um processo dialético que busca ponto de referência no passado sem deixar de vislumbrar as necessidades do futuro. Por isso é que, a chamada *hermenêutica concretizadora* analisa as possibilidades socialmente mais adequadas para os casos analisados.

Essa interseção se completa na quarta e derradeira fase do método reconstrutivo, na qual se faz necessário que o Tribunal se invista de atividade exploratória semelhante, mas não idêntica àquela feita pela atividade política de criação normativa: a atividade de análise de prognósticos, que para fins deste método interpretativo é chamada de fase de *prospecção*.

O exercício da *prospecção* terá o condão de finalizar a análise do Direito Constitucional em integridade, terminando a investigação de suas relações com elementos afetos às ciências adjuntas e à realidade posta.

Isso faz com que o intérprete-aplicador não se limite à averiguação meramente retrospectiva dos sentidos da norma, mas também atue de maneira orientada para o futuro, avaliando as condições de implementação e as possíveis repercussões da defesa ou rechaço de determinado valor abstratamente invocado em juízo.

No caso da resolução das demandas abstratas, Gilmar Mendes (2009) pontua que as decisões judiciais, assim como as decisões políticas, devem tomar como base os chamados “fatos e prognoses”.

Essa máxima, de sua vez, significa “[...] a indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos” (MENDES, 2009, p. 478) adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pelo ato eventualmente impugnado em sede de jurisdição constitucional. Em outras palavras:

[...] a aferição dos fatos e prognoses legislativos pela Corte Constitucional é um controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque para isso faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Em outros termos, não se cuida, no juízo de constitucionalidade, de verificar *como* o legislativo examinou os fatos legislativos, mas *o que*, efetivamente, ele constatou. (MENDES, 2009, p. 478-479)

A prospecção, como fase ligada ao desenvolvimento da tópica constitucional “[...] reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante” (BONAVIDES, 2015, p. 509). Ela é uma das justificativas dogmáticas para o acoplamento entre as teses procedimentalista e substancialista, permitindo a criação de vias argumentativas que se liguem à realidade sem se afastar do paradigma jurídico.

Nesse esteio, torna-se possível buscar um método interpretativo que supere tanto o sociologismo jurídico tradicional quanto ao formalismo normativista de maneira a melhor se adequar à concepção culturalista total da Constituição.

Assim, acreditamos que o método reconstrutivo não afasta a juridicidade da decisão, ainda que utilize da tópica e do método concretizante para abrir “[...] tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se quer se queira quer não, o elemento predominante, absorve por inteiro o aspecto formal” (BONAVIDES, 2015, p. 507).

Ainda assim, é necessário ponderar que a teoria substancialista expressa através do método reconstrutivo não poderá ser livremente aplicada, mas necessitará de limites, sob pena de ser malversada, causando o efeito contrário ao que se dispõe.

Por isso é que, repita-se, a abertura substancial deve estar conjugada ao que chamamos de *procedimentalismo de base* para fins de manutenção da higidez do sistema. Sendo assim, há que se observar determinados limites teóricos e práticos à atuação “reconstrutiva” do Supremo Tribunal Federal, passando-se nesse momento do estudo à análise dos tais.

5.2 LIMITES À ATIVIDADE RECONSTRUTIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Já se destacou anteriormente que o pós-positivismo jurídico fez reconhecer a inevitabilidade da abertura do Direito e da Constituição e que diante dos conceitos abertos que os definem necessitam de inevitável operação de preenchimento.

Essa operação, de sua vez, apesar de se direcionar ao futuro e considerar aspectos prospectivos que superam questões estritamente ligadas ao Direito, deverão observar certos parâmetros jurídicos mínimos que representam os limites à atuação integrativa/concretista do Supremo Tribunal.

Nesse esteio, considera-se, que quanto maior for o catálogo positivado dos direitos fundamentais, menor será o grau de discricionariedade do Poder Público em concretizá-los. Essa é uma ideia que se contrapõe às críticas proferidas à atividade integrativa do Poder

Judiciário, a exemplo daquela que prega a “[...] transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’” (MAUS, 2000, p. 200), cujas imprecisões levariam à supressão e ampliação “voluntarística” dos princípios constitucionais positivados.

Contra isso, é preciso dizer que a materialização de um direito constitucional justo, de acordo com paradigma pós-positivista, passa a imprimir nos órgãos estatais e no Supremo Tribunal Federal a noção de *vinculatividade* dos princípios jurídicos como marcos de regulação teleológica e axiológica da compreensão do Direito.

Isso implica dizer que o Tribunal Constitucional atrai para si a responsabilidade pelo efetivo implemento de tais mandamentos, e que “[...] qualquer deficiência em seu funcionamento, vem a por virtualmente em crise todo o sistema” (ENTERRÍA, 2001, p. 157-158, tradução nossa)⁴², seja em virtude de disfunções reveladas por um paternalismo exacerbado da Corte, seja em razão de negligência institucionalizada em sua estrutura de atuação.

Divisando a emergência dessa nova concepção [pós-positivista], sustenta Eduardo García de Enterría que ela está conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção *substancialista* e não formal de direito, fundada nos princípios gerais do direito, expressão de uma justiça material, mas especificada tecnicamente em função de problemas jurídicos concretos. Agora a ciência jurídica não tem outra missão senão aquela de revelar e descobrir, por meio de conexões de sentido cada vez mais profundas e ricas, mediante a construção de instituições e a integração respectiva de todas elas em conjunto, os princípios gerais sobre os quais se articula e deve, por conseguinte, expressar-se a ordem jurídica. (SOARES, 2010a, p. 113)

Ao passo em que a atuação jurisdicional interventiva é criticada por parte da doutrina por ser entendida como fonte de suposto sentimento de “paternalismo estatal”, destaca-se que esta vinculação substancial não será exercida ao alvedrio dos julgadores, sendo necessária a observância aos limites materiais e processuais impostos ao Supremo no exercício da jurisdição constitucional.

Nesse sentido, quanto maior for a responsabilidade do Tribunal Constitucional diante da concretização de direitos fundamentais, maiores também serão os limites impostos para sua atuação, vez que a discricionariedade deve ser equilibradamente contida, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade. Sobre isso destaca Mauro Cappelletti:

[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do

⁴² “La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero”

intérprete. Discricionarietà não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto processuais quanto *substanciais*. (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24)

Em termos materiais, é evidente que características da realidade fática e as conclusões sobre os contornos sociológicos da comunidade devem ser levadas em conta quando do estudo das formas ideias e dos limites de atuação do Tribunal Constitucional. Dessa maneira, os elementos da realidade fática e as repercussões em outras áreas científicas serão irremediavelmente analisados pelo Tribunal, apesar do já mencionado “fechamento operativo” do Direito.

As teses construídas, apesar de estarem ligadas à tentativa de desconstrução de fatores culturais que ainda se inserem de maneira muito forte na sociedade brasileira como o patrimonialismo, o clientelismo, a impunidade, a corrupção, a burocracia de entrave, o formalismo positivista e o casuísmo (ECHAIZ-ESPINOZA, 2009, p. 173), não perdem de vista a necessidade de se justificar e analisar as questões pontuadas sob o ponto de vista jurídico. Sobre isso, destaca Enterría:

Em definitivo, o Tribunal Constitucional não pode ser cego às consequências políticas de suas decisões. “Mas essas consequências só podem ser tomadas em conta no marco das possibilidades abertas do ordenamento, podendo contribuir a consideração de potenciais consequências de sua sentença ao descobrir o direito ‘justo’ e a construir interpretações jurídicas com uma ou outra correção às quais não se chegaria se não tivesse em vista este resultado.” (ENTERRÍA, 2001, p. 183-184, tradução nossa).⁴³

Os limites substanciais, então, iluminam, não apenas a atuação do julgador, mas também as do legislador e do administrador, todos eles sujeitos aos termos dos reconhecidos princípios de *proporcionalidade e razoabilidade* das decisões estatais.

Por isso é que se considera que as ideias de *proibição de excesso* e de *vedação ao retrocesso* devem vincular, não apenas os representantes eleitos da população, mas também o órgão exercente da jurisdição constitucional devido à legitimidade democrática de sua atividade.

Em elucidação aos referidos princípios:

⁴³ “En definitiva, el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones. Pero ‘esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho ‘justo’ y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado.”

A doutrina identifica como típica manifestação o excesso de poder legislativo, a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. (MENDES, 2009, p. 47)

Como lecionado por Gilmar Mendes (2009, p. 400), a existência de órgão judicial incumbido de exercer o controle constitucional “[...] impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um *dever de racionalidade (Zwang der Rationalität)* na concretização da Constituição”. Essa imposição, a nosso ver, não estará limitada à instância de poder fiscalizado, mas também vinculará a decisão daquele que fiscaliza.

Sendo assim, a avaliação das constatações empíricas das repercussões dos projetos estatais, ou as soluções normativas discutidas no palco das ações de controle também serão de extrema importância para as atividades da jurisdição constitucional conforme exposto do encadeamento da fase de prospecção previamente construída. Isso quer dizer que:

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. (ÁVILA, 2014, p. 188)

A proibição das restrições excessivas intenciona não outra coisa a não ser a incorporação da “justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa” (ÁVILA, 2014, p. 47). Esta aplicação racional de justificação através de finalidades normativas da Constituição terá o condão de diluir eventuais influências partidárias que possam vir a despontar em virtude da natureza política da indicação dos Ministros do Supremo, fazendo com que seu “notável saber jurídico” se sobreponha a eventuais sentimentos de clientelismo que ensejem favoritismos políticos em suas decisões.

Outros princípios de caráter processual se inserem na atividade de limitação ao substancialismo decisório. Vale referir, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, na condição de instância judiciária de poder, não poderá agir a não ser mediante a devida provocação (*princípio da inércia*) e que diante do grande impacto das questões que se veiculam nas atividades da Corte, essa regra sofre maior restrição ainda, sendo capazes de provocar o controle de constitucionalidade, por exemplo, apenas os legitimados que estão elencados no limitado rol do art. 103, da CRFB.

Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas, mas com igual significado “*nemo iudex sine actore*”.

Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p. 76)

A par disso, há que se dizer que a própria forma de *organização colegiada* do Tribunal é uma das garantias que visam evitar a atuação parcial dos membros da Suprema Corte. Apesar disso, ainda é possível ver que decisões liminares, unilateralmente emitidas pelos Relatores das ações, vigem por tempo suficiente para impactar de maneira unívoca as questões trazidas à discussão nas ações da jurisdição constitucional.

Sendo assim, não se pode descartar que, para qualquer momento processual em que se insiram, as decisões da jurisdição constitucional, sejam unilaterais ou colegiadas, sejam precárias ou definitivas, repercutem inevitavelmente no âmbito coletivo, demonstrando que essa nova visão processual “[...] torna superada a visão que distinguia a decisão judicial como circunscrita aos litigantes e a decisão política como universal e aplicável a todos os casos” (CAMPILONGO, 2011, n.p).

A possibilidade do cometimento de arbitrariedades deverá ser refreada pela própria ideia de legitimidade da justiça constitucional, que, como já referido anteriormente, deverá estar embasada tanto no atendimento às exigências da *segurança jurídica* quanto da *aceitabilidade racional* da decisão jurídica.

Essa técnica, originariamente usada por Habermas (1997a) para a obtenção de juízos ideais em casos concretos, conforme disciplinado ao item 3.1.2.2 do estudo, também será aplicável às demandas abstratas, apontando-se para o pensamento sintetizado por Farber e Sherry (2008), segundo os quais “[...] as decisões judiciais devem estar embasadas em fatores jurídicos relevantes, explicitar os fundamentos da Corte e demonstrar discernimento na aplicação desses fatores” (FARBER; SHERRY, 2008, p. 42, tradução nossa)⁴⁴.

Com base nesta assertiva, conclui-se que essas duas bases de sustentação das decisões judiciais serão reveladas pelo que consideramos como sendo o maior e mais importante de todos os limites da atuação, não só da Suprema Corte, mas também de todo o Poder Judiciário: o *dever de fundamentação*.

Este dever institucional, hoje expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal, determina que “[...] a legitimidade da justiça constitucional também encontra justificativa na aceitação de suas decisões pela opinião pública, razão porque todas as suas manifestações

⁴⁴ “[...] judicial decisions should rely on legally relevant factors, explain the court’s reasoning, and exhibit good judgement in applying those factors”.

devem ser *públicas e fundamentadas*” (CUNHA JR., 2008, p. 400). Sendo assim, infere-se que, quanto mais inovadora for uma sentença, maior será o esforço de fundamentação para se demonstrar sua legitimidade e racionalidade.

Isso quer dizer que “[...] o dever de motivação guarda correspondência com o sistema da livre convicção, visto que, quanto maior for o poder discricionário do magistrado, mais importante será a necessidade de fundamentar sua decisão” (SOARES, 2010a, p. 169). Tanto é assim que a redação do novo Código de Processo Civil vinculou casos de *nulidade* de sentença à falta ou insuficiência de fundamentação satisfatória⁴⁵.

Em verdade, o dever de fundamentação pode ser considerado como a dimensão objetiva fundamental do direito à publicidade, e sua finalidade como princípio jurídico basilar será não outra que a de “[...] assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos ou idiosincrasias dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade” (CUNHA JR., 2008, p. 359).

Sendo assim, o dever de fundamentação, quando devida e satisfatoriamente cumprido pelo Tribunal, terá o condão de fazer com que a decisão jurídica ganhe força junto à realidade social, transmutando as intenções prescritas pelo texto constitucional à realidade prática do contexto em que se insere sem se desviar do seu caráter jurídico de origem.

Assim, também será mantido o canal comunicativo entre o Judiciário e o cidadão na qualidade de jurisdicionado, não havendo que se falar em “risco democrático” pela atuação substancial do Tribunal. Nesses termos:

A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera *possibilidade de Direito*. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. (ÁVILA, 2014, p. 44, grifo nosso)

Expressão salutar disso, e sendo uma iniciativa pátria de aplicação exemplar para os demais países de regime democrático, é o televisionamento das sessões do Supremo⁴⁶. Esta

⁴⁵ O art. 489 do CPC/2015 elencou como elemento essencial da sentença o capítulo dos fundamentos, no qual o juiz irá analisar as questões de fato e de direito aduzidas pelas partes. Seu §1º leciona sobre as hipóteses de não fundamentação que ensejam a aplicação da pena de *nulidade* de sentença, figurando entre elas os casos de “limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida- inciso I); bem como de “limitação à invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos- inciso V)”;

⁴⁶ Sobre este ato de ampliação da publicidade em torno das atividades do Supremo, dispõe a seguinte reportagem vinculada pelo sítio eletrônico da instituição: “[...] em 14 de agosto de 2002, a TV Justiça iniciou as

iniciativa demonstra o quão importante se faz também a operação de fiscalização ou *accountability* popular do acerto decisório do Tribunal, revelando ao público os fundamentos racionais utilizados pelos Ministros e as razões expostas pelos participantes do processo, e entre eles também os *amici curiae*. Essa observação também já teria sido feita por Cappelletti, no seguinte sentido:

[...] os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização contínua do público. (CAPPELLETTI, 1999, p. 98-99)

Não é sem razão que atualmente vemos os Ministros do Supremo figurarem em capas de revista de grande circulação, elaborando-se grandes reportagens para discutir na imprensa de massa sobre os grandes impactos das decisões do STF, principalmente em questões de natureza sensível, como são os casos do aborto, da legalização da maconha, do reconhecimento da união homoafetiva, entre outros que merecem atenção especial do público.

Essa exposição, diga-se de passagem, comporta o risco apontado por Igenborg Maus (2000, p. 185), de que os Ministros da Suprema Corte cheguem a ser considerados como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito” pela população, chegando-se a se produzir intensas biografias sobre suas vidas pessoais a despeito da importância social *objetiva* das questões que são por eles tratadas.

Embora a intenção de Maus (2000) com essa pontuação seja a de criticar as posturas paternalistas frente ao Tribunal como forma de “dilapidação democrática”, há que se ponderar que esse é um problema ao qual está exposto todo e qualquer país em que seja salvaguardada a liberdade de imprensa, já que também este é um direito de cunho fundamental.

Apesar disso, a influência midiática, não deverá ser determinante para o julgamento destas demandas, invocando-se que os princípios de direito fundamental sejam analisados de maneira *coerente* pela Suprema Corte, sob pena de cometimento de arbitrariedades em prol de clamores sociais cambiantes não relacionados aos objetivos fundamentais da República.

transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF. A aproximação do STF com os cidadãos, através dos meios tradicionais de comunicação e também das novas mídias, como *YouTube* e *Twitter*, coloca a Corte na vanguarda da comunicação social/institucional no cenário mundial. *O STF foi o primeiro tribunal do mundo a transmitir seus julgamentos ao vivo por meio de canais próprios: a TV Justiça e a Rádio Justiça*. Além de transmitirem as sessões plenárias na íntegra, as emissoras divulgam as ações, explicam as questões tratadas nos principais processos e promovem aulas e debates em linguagem acessível, com o objetivo de aproximar o Judiciário do cidadão. O exemplo brasileiro já está sendo seguido pelo México e Reino Unido.” (Grifo nosso. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms>. Acesso em: 07 de maio de 2017.

Essa constatação, de sua vez, só vem a reforçar a ideia da importância das funções do Tribunal Constitucional na conformação da realidade prática, apesar de não ser sua atuação o caso de exercício da política. Esse posicionamento não poderia buscar melhor arrimo que na transcrição da seguinte ideia desenvolvida por Enterría:

É precisamente essa qualificação estritamente judicial, aplicada a uma matéria tão transcendental e tão sensível para o corpo político e social, a qual exige de maneira particular às sentenças constitucionais que intensifique a exigência comum da motivação de todo ato judicial, a de apresentar-se como “*principializada*” (*principled*), justificada de uma maneira detalhada e explícita em princípios que transcendam a apresentação singular do caso, princípios que aqui precisamente não de ser os princípios expressos na Constituição ou dedutíveis dos mesmos com clareza. (ENTERRÍA, 2001, p. 235, tradução nossa)⁴⁷

Seguindo o raciocínio deste tópico do estudo, todos estes limites às potencialidades decisórias possuem como finalidade a necessidade de manutenção da coerência do sistema jurídico-constitucional. Este postulado daria resposta ao problema jurídico da aplicação conforme das regras e princípios de direito constitucional da seguinte forma:

[...] o aplicador do direito, para fazer uso da lógica do razoável, deve investigar algumas relações de congruência, indagando sobre: os valores apropriados à disciplina de determinada realidade (congruência entre a realidade social e os valores); os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins); os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins). (SOARES, 2010a, p. 76)

Sendo assim, o princípio da *coerência* ou *congruência* das decisões jurídicas traz resposta mais satisfatória às pretensões substancialistas do que as que advogam por eventual estabelecimento de “hierarquia” entre as normas constitucionais, superando a sistematização da argumentação jurídica “linear, simples e não gradual” e reforçando o princípio da unidade constitucional.

De se ressaltar, nesse sentido, que o Código de Processo Civil de 2015 reforçou a importância e vinculatividade da observância do princípio da coerência pelos Tribunais ao dispor no seu art. 926 que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e *coerente*”.

⁴⁷ “Es precisamente esa calificación estrictamente judicial, aplicada a una material tan transcendental y tan sensible, para el cuerpo político y social, la que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como *principled*, justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad.”

Para descortinar o balizamento doutrinário que é dado pelo postulado da coerência, é preciso ter em mente que ele comporta duas faces: uma formal e outra substancial. Enquanto a face *formal* compreende a coerência como “consistência” e “completude”:

A coerência substancial em razão da dependência recíproca existe quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade da outra e vice-versa). (ÁVILA, 2014, p. 170)

É esse sobreprincípio de coerência substancial que permite, por exemplo, a formulação de construções como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade para fins de segurança jurídica, ou a possibilidade de que determinada regra abstrata seja derogada por violação a princípios materiais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, e o mínimo existencial.

Para a concretização desses valores, no entanto, é necessário o aperfeiçoamento das técnicas judiciais de decisão, de maneira a torná-las mais apropriadas à realidade social do cotidiano brasileiro. Essas técnicas devem se manter condizentes com os ditames constitucionais sem perder o atributo da efetividade no âmbito das relações sociais por eles regidas.

Por isso é que se partirá, neste momento do estudo, para a análise de casos práticos levados ao Supremo nos quais se demonstra a existência desse elemento de coerência. Dessa maneira, demonstrar-se-á, em efetivo, que as influências substancialistas evitam a subutilização dos instrumentos processuais, e enfraquecem os fenômenos do nominalismo/semanticismo constitucionais que levam ao esvaziamento do seu conteúdo pela não operabilidade da Constituição em toda sua força normativa.⁴⁸

⁴⁸ Embora se pudesse apontar no desenvolvimento deste item para a também existência de limites e parâmetros de direito internacional na formulação da decisão em jurisdição constitucional, optamos por não enveredar nestes caminhos, sob pena de abrir demasiadamente o leque de investigação do problema, que a princípio deve se restringir aos contornos do ordenamento jurídico nacional. Ainda assim, não se pode olvidar de mencionar recentes indicativos que apontam para um maior reforço da jurisdição internacional, sendo exemplo disso o reconhecimento pelo Supremo da força “supralegal” dos tratados de direitos humanos, ainda que não aprovados sob a forma de emenda constitucional, bem como a iniciativa dos órgãos comunitários na contenção do arbítrio institucional das Cortes Constitucionais Nacionais, como se deu em recente caso em que a OEA questionou a legitimidade e neutralidade das decisões do Supremo Tribunal Venezuelano tendo editado a Resolução 1078 (2108/17) na qual classifica como antidemocrática a decisão do Tribunal em suspender os poderes da Assembleia Nacional (Poder Legislativo), convocando o Governo daquele País a “atuar para garantir a separação e independência dos poderes constitucionais” através da restauração de autoridade da Assembleia Nacional. Disponível em: <http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17>. Acesso em: 07 de maio de 2017.

6 A LEITURA SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO STF

Como referenciado anteriormente, as limitações interpretativas podem acarretar a edição de sentenças que tendam a reduzir a força normativa dos direitos fundamentais nas ações carreadas em sede de jurisdição constitucional. Essa restrição demonstra risco de subatuação do Tribunal acobertada por argumentos procedimentalistas puros oriundos da influência do positivismo clássico na construção jurisprudencial.

Tais fatores poderiam comprometer o poder de conformação que a Constituição deve exercer sobre o ordenamento jurídico, reforçando o fenômeno da ineficácia dos direitos fundamentais. A partir da visão complementarmente substancialista, de outro lado, é possível reforçar a ideia de que os direitos fundamentais devem ser encarados como “valores superiores”, reconhecendo-se-lhes o atributo de *preferred positions*, conforme explicitado por Enterría:

[...] a Constituição é obrigada a dispensar aos direitos fundamentais uma superposição, como base que são do sistema inteiro, e para atribuir essa proteção reforçada ao próprio Tribunal Constitucional, porque, em efeito, a eficácia da Constituição, dada a economia interna da mesma que resulta dessas qualificações, passou a ser em primeiro lugar a eficácia dos direitos fundamentais. (ENTERRÍA, 2001, p. 142-143, tradução nossa).⁴⁹

Tal ideia de *superposição* dos direitos fundamentais deverá vir acompanhada do fenômeno da *sobreinterpretação*, que, como apontado por Guastini (2009), é uma das características necessárias ao incontornável fenômeno de *constitucionalização do Direito*.

De acordo com essa premissa e com os intuitos até então expostos, foi possível perceber que a comunicação entre as garantias procedimentais e a correção substancial dos resultados da atividade decisória da jurisdição constitucional são capazes de abrir as possibilidades e impor os limites para a atuação do Supremo em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, no atual momento do estudo, elegeu-se analisar dois casos emblemáticos trazidos ao palco da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de maneira a demonstrar como a aplicação do método reconstrutivo, exposto pelo item 5.1.2 do

⁴⁹ “[...] la Constitución se haya creído obligada a dispensar a los derechos fundamentales una superprotección, como base que son del sistema entero, y a implicar en esa protección reforzada al propio Tribunal Constitucional, porque, en efecto, la eficacia de la Constitución, dada la economía interna de la misma que resulta de esas calificaciones, ha pasado a ser en primer término la eficacia de los derechos fundamentales.”

estudo, é capaz de potencializar materialmente os resultados obtidos em sede de jurisdição constitucional sem deixar de considerar os aspectos de relevância procedimental.

Os dois casos selecionados foram classificados de acordo com a natureza do direito fundamental enfocado em cada julgado. O primeiro teria como preponderante o intuito de fomento a *direito fundamental individual*, considerando que o resultado pretendido naquela demanda visou primordialmente garantir pelo Estado a tutela a direito subjetivo dos jurisdicionados na condição de pessoas humanas em sua singularidade.

Trata-se do caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, julgado no âmbito da ADPF 132 e da ADI 4277, nas quais o Supremo decidiu por resguardar posições jurídicas historicamente negligenciadas a grupo minoritário, tendo como fundamento para isso a leitura atual e contextualizada dos valores e objetivos do Estado brasileiro.

O segundo caso, que trata da questão do caos carcerário vivenciado no Brasil, evidencia decisão que se insere no âmbito da categoria de ação que resguarda *direitos fundamentais transindividuais*, em sentido amplo. A partir dele fora destacado como a força da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é capaz de legitimar a atuação concretista do Supremo no reforço aos deveres institucionais impostos ao Estado em todas as suas “instâncias de Poder”.

Nesse esteio, a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS e da medida cautelar proferida na ADPF 347, demonstra-se que o Tribunal Constitucional tem prerrogativa, não apenas de “declarar” a inconstitucionalidade da omissão contumaz do Poder Público, mas também pode garantir proteção ampla e genérica de valores objetivamente impostos pelo ordenamento através da determinação de *ações positivas* aos representantes eleitos pelo povo.

Desta feita, pretende-se evidenciar como as fases do método de interpretação reconstrutiva são aplicadas na resolução das ações da jurisdição constitucional de maneira a aliar o aspecto procedimental à aplicação substancialista da Constituição, legitimando-se, assim, a tarefa de concretização dos direitos fundamentais feita pelo Tribunal.

Nesses termos, será avaliada em primeira linha e para cada ação escolhida a “identificação do problema” e a “pré-compreensão” expressa pelo direito positivo invocado por seus autores. Posteriormente, analisar-se-á o trâmite processual de cada ação/recurso, dando-se enfoque nas participações processuais, tanto das partes diretamente envolvidas (postulantes), quanto daqueles que prestam auxílio na formação decisória, a exemplo de pareceres de órgãos públicos e as manifestações de *amici curiae* que evidenciam a importância da fase da “heterorreflexão” para as resoluções obtidas nesses julgamentos.

Além disso, os aspectos “prospectivos” poderão ser avaliados quando da análise dos fundamentos construídos tanto pelas petições que instruem os feitos, como no corpo decisório dos acórdãos proferidos. Com isso, podem ser verificadas quais teriam sido as razões definitivas para os dispositivos sentenciais determinados pelo Supremo.

Essa é uma análise que deverá se referir, portanto, à percepção dos efeitos a serem gerados pela decisão, demonstrando-se a importância de se ater à função conformadora da Constituição quando da atividade judicante.

Através desses passos, pretende-se destacar como o elemento da *coerência* em seus sentidos lógico e teleológico se destaca nos fundamentos decisórios utilizados pelo STF por meio de diferentes técnicas de aplicação das normas constitucionais. Dessa maneira, será possível visualizar como estes postulados específicos de interpretação e a definição dos efeitos das sentenças editadas pelo Supremo podem contribuir para a emissão de resultados substancialmente positivos frente aos direitos fundamentais.

6.1 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA (ADPF 132/ADI 4277)

A ADPF 132⁵⁰ foi ajuizada em fevereiro de 2008, pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, questionando de maneira direta dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (art. 19, II e V, e art. 33 I a X, do Decreto-lei nº 220/1975) pela falta de previsão da extensão dos direitos naquele previstos aos servidores públicos do Estado que tivessem enlace em união homoafetiva.

Naquela inicial, demonstrou-se a existência de decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro anulando atos administrativos do Executivo que reconheciam aqueles direitos aos indivíduos homoafetivos, decisões judiciais estas que foram reputadas pelo autor como *discriminatórias*.

De se destacar, então, que o primeiro desafio “formal” enfrentado pela referida ação foi o esforço argumentativo no sentido de se demonstrar preliminarmente a *pertinência temática* entre o pleito formulado e o âmbito de atuação institucional do Governador

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 22/DF – Distrito Federal. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 de maio de 2011. Andamento e íntegra do processo disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

postulante, em razão de esta ser uma exigência imposta pelo entendimento vigente do Supremo⁵¹ para esta categoria de legitimado ativo nas ações do controle abstrato.

Desse ônus desincumbiu-se o autor ao demonstrar que o reconhecimento ou não dessas uniões influenciaria na segurança jurídica das concessões de licenças, e nos direitos previdenciários e assistenciais dos servidores daquele Estado. A pertinência temática demonstrada no caso, no entanto, abriria a discussão para os fins de concessão da eficácia *erga omnes* à decisão final do Supremo, fato este que foi, inclusive, questionado posteriormente pela Advocacia Geral da União.

Atendendo às exigências do art. 3º, I, da Lei de Ritos, da ADPF (Lei 9882/1999), foram indicados como preceitos constitucionais fundamentais violados pelo ato impugnado os direitos à igualdade e à segurança jurídica (art. 5º, *caput*), à liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o imperativo de promoção de uma sociedade livre e sem preconceitos (art. 3º, IV).

Em relato fático, o autor apontou ainda para o crescimento da assunção pública dos relacionamentos homoafetivos nas últimas décadas, concluindo que “[...] tais parcerias existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado” (Petição Inicial, ADPF 132, p. 4). Obtemperou, ainda, que a indiferença do Estado e a isenção do Direito em tratar desse tema seriam capazes de gerar *insegurança jurídica* e produzir juízo de desvalor em face de indivíduos específicos.

Como pedido principal, pleiteou que os dispositivos do Estatuto de Servidores do Estado do Rio de Janeiro fossem interpretados em conformidade com a Constituição, de maneira a estender as características essenciais da união estável àquelas celebradas entre pessoas do mesmo sexo, conferindo tratamento jurídico isonômico entre os indivíduos de maneira a fazer cessar a discriminação inconstitucional até então vigente.

De forma subsidiária, fora pleiteado também o reconhecimento da existência de lacuna normativa demandando interpretação analógica da união estável regulamentada pelo art. 1.723 do Código Civil brasileiro aos indivíduos homoafetivos. Com esse pedido, buscou-se permissão de aplicação do regime cível da união estável aos indivíduos homossexuais, em virtude da identidade de desígnios entre as uniões ali discutidas: a questão da *afetividade*.

⁵¹ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem restringido a legitimidade do Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional, para lhes exigir a chamada *pertinência temática*, ou seja, a demonstração do *interesse de agir*, diante da necessidade da demonstração de uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os interesses defendidos por esses legitimados.” (CUNHA JR., 2016, p. 214).

Com esses dados foi possível compreender, na primeira fase de inserção do julgamento da ação ao método reconstrutivo, que o *problema* exposto em juízo compreendia a intenção de reconhecimento de direitos fundamentais individuais a determinada categoria de indivíduos para fins de tutela da dignidade e liberdade de grupo social minoritário, além da obtenção de desejável segurança jurídica invocada pelo Chefe do Executivo daquele Estado Federado para as suas decisões administrativas (fase I).

A *pré-compreensão* do problema (fase II), de sua vez, é verificada quando da indicação pelo autor do ato questionado e dos preceitos fundamentais entendidos como violados no caso. De se destacar, nesse esteio, que na petição inicial apresentada houve não apenas a simples menção dos dispositivos violados, mas também a explicitação de seus contornos aplicados aos aspectos da realidade prática.

Exemplo disso é a maneira como o autor se pronunciou a respeito da tutela do princípio da igualdade e da necessidade de respeito ao pluralismo como valor fundamental do Estado brasileiro:

Onde não exista motivo legítimo a exigir distinção, a regra há de ser o tratamento igualitário. Com a ressalva de que, em um Estado democrático e pluralista, tais motivos devem ser amparados por argumentos de razão pública e não por visões de mundo particulares, de ordem religiosa ou moral. Ainda quando endossadas por numerosos adeptos ou mesmo pela maioria, fato é que tais concepções não são obrigatórias e não podem, portanto, ser impostas pelo Poder Público. (ADPF 132, Petição Inicial, p. 21)

Com isso, demonstrou o autor que as razões de seu pleito, apesar das eventuais repercussões externas, políticas e sociais que pudessem produzir, fundamentavam-se primordialmente no âmbito jurídico de atuação do Tribunal, invocando-se como justificativas de direito os próprios valores constitucionais colocados em xeque pela conduta negligente do Estado.

Tanto é assim que, mesmo diante da literal previsão do art. 226, §3º, da Constituição, que disciplina ser a união estável aquela entidade familiar formada “entre o homem e a mulher”, o autor daquela ADPF alertou que a referida redação teria se dado originariamente para fazer à época da Constituinte com que fosse afastada a discriminação entre “companheiras”, de um lado, e “esposas”, de outro, e não para restringir o âmbito de aplicação deste direito fundamental ao enlace afetivo e à formação da família em todas as suas implicações.

Tendo isso em vista, aponta-se que, para a resolução do caso em tela, a fase da *heterorreflexão* (fase III) foi de extrema importância para a formação do entendimento do

Tribunal, conforme explicitado pelos Ministros em seus votos. Além da participação de atores estatais já previstos em lei, houve também o pronunciamento de diversas entidades “amigas da Corte”, o que demonstrou a diversidade de fundamentos e razões expostas no decorrer do processo.

Instada a pronunciar-se como entidade defensora da constitucionalidade do ato impugnado, a Advocacia Geral da União (fls. 824-844), apesar de defender a restrição dos efeitos de eventual decisão ao Estado do Rio de Janeiro por razões de pertinência temática, reconheceu que, em razão de estarem baseadas no mesmo suporte fático das relações afetivas celebradas entre heterossexuais, não haveria razão para se discriminarem as relações estáveis de caráter homoafetivo.

Já a Procuradoria-Geral da República, na condição de entidade curadora da integridade do ordenamento jurídico, rechaçou as limitações da pertinência temática invocadas pela AGU, corroborando o pedido de interpretação conforme o artigo 1.723, do Código Civil, e invocando como fundamentos para o reconhecimento da união estável homoafetiva a liberdade de religião e a laicidade do Estado (art. 5º, VI e art. 19, I), a dignidade da pessoa humana, (art.1º, III) a igualdade (art. 5º); a vedação de discriminação odiosa (art. 3º, IV); a liberdade (art. 5º) e a proteção à segurança jurídica (art. 5º) (fls. 848-893).

Esta mesma entidade também teria decidido naquele momento, e por extrema cautela, ajuizar nova ADPF, posteriormente convertida na ADI 4277/DF⁵², pleiteando com efeitos *erga omnes* a declaração de obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, quando atendidos os requisitos para constituição de união estável, e também a declaração de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros heteroafetivos fossem estendidos aos componentes de uniões entre pessoas do mesmo sexo, tudo isso com base na interpretação conforme a Constituição do dispositivo civilista apontado.

Em virtude da conexão entre as matérias, a ADI 4277/DF foi apensada à ADPF 132. Antes disso, no entanto, teria recebido em seu bojo: i) a manifestação da Presidência da República (fls. 351-392), que teria se aliado à tese da Procuradoria, apontando que as discussões ali trazidas possuíam evidente repercussão *moral e ética*; ii) a da Câmara dos Deputados (fls. 394-395), que aduziu nada ter de novo a informar a respeito; e a do iii)

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade ADI 4277/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 de outubro de 2011. Andamento e íntegra do processo disponíveis em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=11872>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

Senado Federal (fls. 627-634) indicando que a regulamentação da equiparação entre as uniões deveria ser uma tarefa adstrita ao legislador democraticamente eleito.

A insegurança jurídica alegada inicialmente na ADPF 132 e a necessidade de aplicação de decisão uniforme para todo o território nacional também puderam ser sentidas pelo Supremo quando do recebimento das informações prestadas por diversos Tribunais de Justiça Estaduais que confirmaram ter a falta de regulamentação sobre a união homoafetiva gerado divergências jurisprudenciais quanto ao reconhecimento da extensão dos efeitos da união estável a estes indivíduos.

Tanto é assim que muitos deles indicaram que, em solução alternativa à lacuna legislativa, alguns julgadores de primeiro grau teriam conferido *status* de sociedade de fato às uniões homoafetivas, o que fazia com que as Varas de Família se tornassem incompetentes para julgamento dos feitos concernentes àquela matéria. Neste sentido, teria se pronunciado o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Consultando a jurisprudência da Corte, foram encontrados três acórdãos relativos à vara competente para julgar os feitos que tratem de uniões entre pessoas do mesmo sexo, todos eles no sentido de que a matéria não diz respeito a direito de família, em virtude de esses relacionamentos não se caracterizarem como união estável, mas tão-somente como sociedade de fato, regida pelo direito das obrigações, de modo que as ações devem tramitar nas varas cíveis.⁵³

Ainda em demonstração da existência de posicionamentos conflitantes entre os Tribunais inquiridos⁵⁴, reiteram-se abaixo, e de maneira ilustrativa, as falas dos Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de Goiás respectivamente:

[...] no âmbito administrativo, este Poder Judiciário, em obediência aos ditames legais, observa com o devido rigor o cumprimento das normas mencionadas, não cabendo interpretações analógicas ou extensivas. Conforme demonstrado, no âmbito estadual, somente existe previsão legal para averbação de parceiros homoafetivos para fins previdenciários. Não havendo norma expressa que autorize a equiparação dos parceiros homoafetivos estáveis à condição de companheiros, para outros fins, não há como serem adotadas decisões administrativas em sentido contrário, sob pena de violação do princípio da legalidade. Não fosse isto, não haveria razão para o legislador editar a norma supramencionada.⁵⁵

⁵³ ADPF 132, Ofício n. 271/2008, Desembargador Presidente Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, TJ/SC, fl. 400/401. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

⁵⁴ O acórdão elenca à fl. 2071 que os Tribunais de Justiça do Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná demonstraram-se favoráveis à equiparação, enquanto os do Distrito Federal, Santa Catarina e Bahia eram contrários a isso. Já os Tribunais de Tocantins, Sergipe, Pará e Roraima informaram que até aquele momento não havia processos em que a questão fosse debatida.

⁵⁵ ADPF 132, Ofício PRES. n.º 212, Desembargador Presidente TJ/RJ, José Carlos S. Murta Ribeiro, fl. 236.

[...] o Poder Judiciário Goiano vem se posicionando em consonância com a pretensão do arguente – reconhecimento da aplicação das regras afetas às uniões estáveis (art. 1723 do CC) às uniões homoafetivas -, pois embora não previsto no Código Civil, o referido direito encontra-se amparado em outros preceitos constitucionais, como os princípios da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade. Em obediência a tais princípios é que os magistrados deste Estado vêm demonstrando sensibilidade em relação ao assunto, tratando-o sempre como uma relação de afetividade [...] Portanto, a pretensão manifestada na presente ADPF tem pertinência, ante a omissão legislativa, as transformações sociais e as decisões conflitantes que acabam gerando instabilidade e injustiça social.⁵⁶

Como observado pelo voto do Ministro Ayres Britto em seu relatório, a existência da questão debatida geraria insegurança jurídica de repercussão nacional, causando dissenso que poderia representar “[...] sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar” (Acórdão, fl. 2077).

Também em atenção à fase de heterorreflexão e à ideia da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, foram ouvidas, na condição de *amici curiae*, tanto entidades contrárias (CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e Associação Eduardo Banks) como a favor do pleito formulado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (CONNECTAS Direitos Humanos, EDH - Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais, GGB - Grupo Gay da Bahia, ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, GEDI - Grupo de Estudos em Direito Internacional da UFMG, Centro de Referência LGBT do Estado de Minas Gerais, CELLO - Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual, ASSTRAV - Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais, GAI - Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, ABGLT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público, IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e AIESSP - Associação de Incentivo à Educação e saúde do Estado de São Paulo).

Suas participações trouxeram ao processo pareceres que foram além do aspecto jurídico da demanda, colocando em pauta ponderações de cunho religioso, moral, filosófico, social e econômico com a finalidade de justificar posicionamentos e evidenciar possíveis repercussões futuras da decisão judicial.

Assumir isso, não implica, de maneira alguma, que a atuação jurisdicional da Corte tenha se transmutado em sua natureza jurídica, mas a premissa serve para demonstrar como essas circunstâncias são capazes de iluminar a atuação do Tribunal em sentido.

⁵⁶ Idem, Ofício N° 39/2008/GABPRES Desembargador Presidente TJ/GO, José Lenar de Melo Bandeira, fl. 744.

Sendo assim, os dados qualitativos e quantitativos trazidos pelas correntes divergentes e convergentes à tese suscitada tiveram por função o oferecimento de nortes interpretativos e base *prospectiva* para a decisão futuramente emanada (fase IV). Exemplo disso são os seguintes extratos de manifestação:

(I) Talvez seja justamente pela ausência de reconhecimento jurídico dos homossexuais, como sujeitos plenos de direitos, que a violência contra este grupo se perpetue nos últimos anos. Dados oficiais do Ministério da Justiça e do Grupo Gay da Bahia indicam que 668 homossexuais foram vítimas de assassinatos, em razão de sua orientação sexual, nos últimos 5 anos.⁵⁷

(II) Um grupo renomado de juristas de vinte e seis países de diferentes regiões do mundo reuniu-se, ao final de 2007, na cidade de Yogyakarta (Indonésia) e elaborou os princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero [...] Apesar de este instrumento não ser formalmente vinculante, o seu conteúdo representa a sistematização do conteúdo material das fontes de DIDH em relação à matéria [...] sistematizam e clarificam o estado da arte em termos de orientação sexual e identidade de gênero, sem, contudo, criar direito novo. Trata-se de fonte que conta com técnica precisa e força evolutiva louvável, verdadeiro instrumento para o combate à discriminação e para a disseminação de tolerância e civilidade.⁵⁸

(III) Como é possível visualizar do Apêndice I deste *amicus curiae*, inúmeras iniciativas de lei do Congresso buscam o reconhecimento ou a garantia de direitos relativos a homossexuais. A maioria dessas iniciativas foi arquivada e as que ainda tramitam não recebem nenhum andamento há certo tempo. É notória a inércia do Congresso Nacional no que toca a direitos e garantias de homossexuais.⁵⁹

(IV) A Organização Mundial de Saúde (OMS), através de sua Classificação Mundial de Doenças nº 10, em sua última revisão em 1993 (CID 10), deixou de considerar a homossexualidade como doença, dizendo expressamente que “a orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”.⁶⁰

(V) Nesse sentido, conforme nos ensina Maria Berenice Dias, a compreensão do que constitui a família contemporânea supõe a identificação do elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas – elemento este que é o *afeto*, que é o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do campo obrigacional para trazê-lo ao âmbito familiar.⁶¹

(VI) [...] imperioso gizar que, desde o pedido de intervenção protocolado no ano de 2008 até a presente data, houve avanços significativos também com relação à adoção por casais homossexuais. No Rio Grande do Sul inclusive foi autorizado o registro civil de dupla maternidade no caso de reprodução por meio de inseminação artificial medicamente assistida. Recentes decisões, sendo uma do Tribunal de Justiça do Paraná e outra da 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção da Comarca de Curitiba, permitiram a habilitação para adoção por casal de pessoas do mesmo sexo.⁶²

(VII) E foi para estimular que essas pessoas solteiras, separadas judicialmente ou divorciadas pudessem mais facilmente constituir nova família, sob a égide do casamento legítimo, que a Constituinte criou o instituto da união estável: para que a mesma rapidamente se convole em matrimônio. Assim, quando não é viável o

⁵⁷ Idem, Manifestação CONECTAS, fl. 622.

⁵⁸ Idem, Manifestação CR-GLBTTT, fl. 983.

⁵⁹ Idem, Manifestação SBDP, fl. 1304.

⁶⁰ Idem, Manifestação AIESP, f. 1336.

⁶¹ Idem, Manifestação AIESP, fl. 1342.

⁶² Idem, Manifestação IBDFAM, fl. 1658/1959.

matrimônio, a união estável não pode ser reconhecida, ainda quando se trate de pessoas de sexos diferentes.⁶³

Como se percebe, os fundamentos de realidade apresentados pelos manifestantes, apesar de não serem argumentos jurídicos em sentido estrito, puderam guiar o raciocínio do julgador no movimento de *prospecção*, de maneira a que fossem antevistos os efeitos que a resolução do feito poderia causar na realidade fática conjuntural. Não por isso, apontam-se dos transcritos as seguintes reflexões:

- Do extrato I, a Corte poderia concluir que o não deferimento do pedido contribuiria com o aumento dos índices de violência contra indivíduos homossexuais.
- Do extrato II, poderia ser aproveitada a consolidação internacional de conceitos sociológicos para a definição de termos essenciais para a compreensão do problema exposto (orientação sexual, identidade de gênero etc.).
- Do extrato III, percebe-se, a partir da coleta de dados empíricos, a deliberada resistência e desarrazoada inércia do Congresso em disciplinar a questão no âmbito legislativo.
- Do extrato IV, asseverou-se a modificação de postura científica em torno da homossexualidade, representando esta mudança de paradigma mais um indicativo de necessidade de câmbio também na postura do Estado para fins de adequação social.
- Do extrato V, puderam-se iluminar através da ótica da doutrina, conceitos abertos ligados à interpretação dos dispositivos invocados a exemplo dos termos “família” e “afetividade”.
- Do extrato VI, foi possível perceber que a tão só regular tramitação da ADPF, sem extinção prematura do feito, foi capaz de ensejar a prolação de decisões “ativistas” em ações de primeira instância que discutiam direitos concretos de indivíduos homoafetivos singulares pelo país.
- Do extrato VII, poderia se concluir, em polo oposto, que eventual deferimento da Corte quanto ao pleito não retiraria a insegurança jurídica quanto à permissão de celebração ou não de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Impende destacar, nesse esteio, que as razões expostas pelos participantes do processo ainda recorreram a aspectos do direito comparado e comunitário. No âmbito do direito

⁶³ Idem, Manifestação Associação Eduardo Banks, fl. 1748.

internacional, por exemplo, houve a menção dos tratados de direitos humanos nos quais o Brasil figura como signatário, a exemplo do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU (Dec. 592-1992). Além disso, fora ressaltado o papel impulsionador do Judiciário para a ação legislativa de reconhecimento das uniões homoafetivas e dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo em países como Canadá (Caso Halpern) e África do Sul (Caso Fourie) (Parecer da PGR, fls. 887-891).

Levando todos estes argumentos em consideração, e ainda aqueles proferidos em sustentação oral dos interessados, é que, em sessão do Plenário de 05 de maio de 2011, televisionada em rede nacional pela TV Justiça⁶⁴, os Ministros do Supremo decidiram pelo conhecimento da ação, deferindo o pedido subsidiário de convolação da ADPF em ADI, e no mérito votando unanimemente pela extensão das regras da união estável heteroafetiva previstas no art. 1.723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, imprimindo à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em sua descrição tem-se que:

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil brasileiro (“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”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na aceção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. [...] Por fim, ressaltou que a solução apresentada dá concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros.⁶⁵

Da análise das minúcias do conteúdo da decisão, é possível concluir que a Suprema Corte utilizou de determinados postulados ou princípios jurídicos de aplicação para chegar à conclusão exposta.

⁶⁴ Gravação da TV Justiça. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cQf8srquCWw>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

Sobre isso, não custa repisar que as normas constitucionais, para além dos critérios clássicos de interpretação jurídica, e em virtude de suas especificidades, demandam do intérprete a utilização de princípios próprios de aplicação como o da supremacia, o da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, o da unidade, o da razoabilidade, o da máxima efetividade, o da concordância prática, e o da interpretação conforme a Constituição, tendo sido este último o fundamento definitivo para a prolação do referido *decisum*.

O método hermenêutico em destaque, utilizado nos conflitos interpretativos entre a legislação infraconstitucional polissêmica e os valores expressos pelo diploma constitucional, foi capaz de reafirmar a supremacia material e o caráter de autossustentação do qual goza a Constituição.

Insta salientar que estes teriam sido os atributos responsáveis por imprimir a *coerência lógica* da decisão junto ao ordenamento jurídico, uma vez que seria proibida “[...] qualquer construção interpretativa ou dogmática que conclua resultado direta ou indiretamente contraditório a valores constitucionais” (ENTERRÍA, 2001, p. 102, tradução nossa).⁶⁶

A importância da interpretação conforme para a preservação da supremacia material da Constituição pode ser descrita da seguinte forma:

A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas, seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. (BARROSO, 2007, p. 23)

Seguir essa linha de raciocínio permite considerar os elementos da coerência da ordem jurídica, ligando os dispositivos infraconstitucionais de validade questionada às finalidades extraídas das construções principiológicas da Constituição.

Além disso, a decisão obtida no caso invocou também o princípio da unidade, que impõe ao intérprete que a Constituição seja considerada como um conjunto integrado de preceitos que são pontos de partida para interpretação de um sistema unitário de regras e princípios.

⁶⁶ “[...] cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya em um resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”

O referido princípio permitiria que a Constituição fosse vista como “estatuto de justiça do político”, ou como “quadro moral e racional do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional” nas palavras de Canotilho (2003, p. 1152).

A partir dessa ideia é que se pode, por exemplo, rechaçar a interpretação restritiva do art. 226, §3º, da CF em detrimento das disposições constitucionais determinantes para a decisão, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica.

Com isso, o Tribunal absorveu a tese da *interpretação corretiva*, entendendo que o valor protegido por aquele dispositivo seria o amor familiar, tendente à constituição de união contínua, duradoura e pública entre as partes, independentemente da orientação sexual dos componentes da referida união e da literalidade dos termos utilizados pelo constituinte originário.

O fundamento para isso, conforme referenciado por Luís Roberto Barroso (2011, p. 133), seria a consideração da natureza desta regra constitucional como um *enunciado normativo de inclusão*, criado no intuito de acabar com a discriminação que antes ocorria em face das relações que não se convolvavam em casamento, e não para limitar o exercício do direito fundamental à união familiar distinta dos padrões sociais vigentes.

Por isso é que, admitir a restrição interpretativa do dispositivo constitucional em questão, seria o mesmo que desconsiderar o seu valor primário fundante, rechaçando-se a instrumentalidade mais benéfica da garantia constitucional ao direito fundamental à afetividade e à livre formação da família, não se observando o postulado da máxima efetividade da Constituição. De acordo com o voto do Ministro Relator Ayres Britto:

[...] interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*.⁶⁷

Aceitar a proposição da interpretação corretiva do art. 226, §3º significou a preservação do dispositivo, já que, apesar da indicação de inconstitucionalidade da sua compreensão literal, o vício não foi declarado, realizando o Tribunal apenas o movimento de *mudança constitucional*, como definido a seguir:

⁶⁷ ADPF 132, Acórdão, fl. 2100.

[...] as mutações constitucionais são decorrentes [...] da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição - pluralista por antonomásia - intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 189)

Devido à polêmica doutrinária quanto à legitimidade desta técnica de decisão, este foi o ponto técnico de maior divergência nas discussões do corpo Colegiado. Exemplo disso é que, apesar de concordarem com o resultado final obtido, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski declararam em seus votos que concordavam apenas com a aplicação analógica do art. 1723, do CC às relações homoafetivas, e não com a solução dada ao art. 226, §3º da Constituição.

Na visão dos Ministros, não seria admitido que o Tribunal pudesse “legislar” sobre a matéria, menos ainda em nível constitucional, já que esta seria uma atribuição exclusiva do Congresso Nacional.

Em contraposição a essa divergência, teria o Relator Ministro Ayres Britto explicitado:

Pelo meu voto e dos que me seguiram, não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.⁶⁸

De qualquer maneira, aceitando-se ou não a ocorrência da mutação constitucional do art. 226, §3º da CF, é imperioso reconhecer que os princípios da unidade e da interpretação conforme se mostraram como mecanismos de basilar importância a serviço da força normativa da Constituição.

Aliado a isso, o intérprete esteve atento às ideias de proporcionalidade e razoabilidade investindo de todo seu poder institucional para a obtenção da máxima efetividade possível do direito fundamental invocado.

Nesse sentido, o Tribunal avaliou que a imposição de restrições a direitos só poderia ser justificada caso houvesse promoção de outros bens jurídicos de uma mesma hierarquia, e não por razões de discriminação negativa ou de autoritarismo moral.

A negativa à equiparação entre as uniões hetero e homoafetivas acarretaria em manutenção da negligência estatal, sendo, por isso, uma medida desproporcional, que

⁶⁸ ADPF 132, Acórdão, fl. 2197.

prejudicaria a minoria que dela necessitava, ao passo que seu deferimento não representaria “prejuízo” algum àqueles que a ela ideologicamente se opunham.

A conclusão acima retrata a *não-prejudicialidade* do direito fundamental alheio, hipótese esta que foi amplamente arguida por todos os defensores da tese do pleiteante. Nesse esteio, o deferimento do pedido do autor não foi capaz de ofender o direito fundamental à discordância, tendo sido preservada a liberdade de crença, pensamento e religião dos demais indivíduos, só que agora exercidos de maneira não impositiva. Por isso é que se diz que o reconhecimento obtido trouxe amplos benefícios ao grupo historicamente excluído sem restringir qualquer outro direito dos que com ele discordavam.

O art. 226, §3º da CF deixou de ser visto de maneira isolada para ser percebido *em conjunto* com tantos outros dispositivos constitucionais, aliando-se às finalidades e valores da proteção da dignidade da pessoa humana e promoção da liberdade e da equidade entre os indivíduos.

Em outras palavras, permitiu-se, por meio de uma *interpretação holística*, que um termo literal não representasse ofensa a direito fundamental básico de indivíduos em desvantagem representativa na sociedade, estando a decisão proferida devidamente justificada a partir da cláusula de *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais* (art. 5º, §1º CF).

A interpretação utilizada pelos julgadores não se limitou a olhar o direito pelo passado, não adotando a postura meramente convencionalista. Em verdade, foram levadas em consideração as alterações da sociedade e a necessidade de conferência da segurança jurídica para as situações do futuro, tudo isso sendo feito sob o prisma da prospecção do Direito em sua integridade.

Essa atitude implicou “[...] a compreensão do ordenamento jurídico como um fenômeno dinâmico e, pois, inserido na própria historicidade da vida humana” (SOARES, 2010b, p. 69). Dessa maneira, não houve usurpação de funções, mas sim a tutela jurisdicional de direito legitimamente reconhecido pela Constituição a todos os indivíduos.

Mais que “ativista”, a decisão foi *vanguardista*, voltada para o futuro, e não atida apenas aos aspectos da tradição do passado e do engessamento positivista dos sentidos estritos da lei. Essa é uma lição que corrobora com a ideia de apesar de o texto normativo já estar posto, a norma jurídica dever ser construída em todos os seus sentidos e potencialidades pela intensidade do momento histórico em que se a interpreta.

Sobre este tema teria observado o Ministro Celso de Mello:

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a *primazia da Constituição da República*, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. (grifo nosso).⁶⁹

Além disso, o efeito pretendido na ação de controle de constitucionalidade teve o condão de *proteger* direitos fundamentais de minorias a despeito da composição parlamentar resistente às mudanças sociais por motivos de tradição, religião, e de estratégia política - circunstâncias estas que apesar de influentes, não podem ser *determinantes* para a atuação judiciária.

O Tribunal Constitucional estaria, então, respaldado pelo *dever de proteção* (*Schutzpflicht*), oriundo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que vincula indistintamente todos os Poderes Públicos de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux:

Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.⁷⁰

Tendo isto em vista, observa-se que as decisões judiciais “politicamente relevantes” têm o condão de salvaguardar direitos renegados àqueles que não possuem quórum representativo suficiente nos órgãos eletivos.

Apesar disso, a atividade do Tribunal não extrapola os parâmetros da juridicidade, não havendo que se falar em atuação “política” quando o que se fez foi a simples utilização de ferramentas jurídicas legitimadas pelo próprio ordenamento, a exemplo das cláusulas abertas de proteção, para fazer com que os indivíduos fossem tratados de maneira não discriminatória e igualitária, concedendo-lhes segurança jurídica e reconhecimento formal em suas relações.

Sobre isso, teria lecionado Luís Roberto Barroso:

⁶⁹ ADPF 132, Acórdão, fl. 2318.

⁷⁰ Idem, fl. 2113.

É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E muitas vezes, só restará ao judiciário preservá-los. (BARROSO, 2007, p. 38)

Para além dessa novel ideia sobre os valores democráticos, pelo apelo substancialista, há que se concluir que os direitos fundamentais são criados para a aplicação genérica, indistinta e imediata, sendo também função do Poder Judiciário a garantia da sua máxima observância.

A necessidade de proteger os direitos fundamentais dos jurisdicionados em sua integralidade, a despeito de suas posições políticas ou dos ideais de vida que possam vir a ter, pode ser extraída também do seguinte transcrito:

Efetivamente, longe de representar a sociedade, a “vontade geral”, a “vontade do povo”, o Legislativo e o Executivo são fiéis a interesses espúrios de lobistas e organizações que contribuíram para o “caixas de campanha”. Assim, é manifestamente ingênua a crença que ainda persiste no caráter representativo das corporações legislativas e dos órgãos executivos. [...] De mais a mais, no constitucionalismo contemporâneo, a noção de democracia não pode ficar retida e reduzida a uma simples ideia ou regra de maioria. As minorias também devem ter voz num sistema democrático, até porque maioria e minoria são, igualmente, manifestações da soberania popular. Democracia, portanto, também significa participação, liberdade e tolerância. (CUNHA JR., 2008, p. 357-358)

Sendo assim, é possível concluir que a decisão ora analisada se coadunou ao papel de transformação conferido ao Tribunal pela Constituição, tendo o órgão se investido na missão da tutela de seus fundamentos para o presente caso, a despeito do aspecto numérico-quantitativo da opinião popular.

Como referido pela então Vice-Procuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, “[...] o Direito deve possuir também uma dimensão transformadora e emancipatória, que se volte não para o congelamento do *status quo*, mas para a sua superação, em direção à construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária” (ADPF 132, Manifestação PGR, fl. 865).

Corroborando esta ideia, também o Ministro Luiz Fux reconheceu que o “[...] processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais” (ADPF 132, Acórdão, fl. 2115), significando que a atividade do Tribunal, como função de Estado que representa, deve estar voltada à consagração, proteção e efetivação dos direitos fundamentais que lhe são impostos como deveres institucionais.

Nas palavras da Ministra Carmen Lucia, ainda, “[...] o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito” (ADPF 132, Acórdão, fl. 2148). Isso demonstra que o caráter instrumental do procedimento, quando não satisfatoriamente preenchido em conteúdo, acaba por contribuir para a ineficácia sistêmica da Constituição.

De outra ponta quando utilizada interpretação constitucional holística e voltada, não apenas para os contornos estritos do seu texto, mas também para a realidade que pretende operar, verifica-se o impulso ao bem-estar dos indivíduos, levando-se em consideração que o direito deve seguir a evolução social, já que *ubi societas, ibi ius* (onde está a sociedade, aí está o Direito).

6.2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO (RE 641.320/ADPF 347)

Antes de iniciar a análise do caso por meio deste item exposto, vale salientar que o instituto processual que o discutiu, o recurso extraordinário, também é um dos meios de atuação do Supremo em sua condição de Tribunal Constitucional. Em verdade, o referido recurso é utilizado como elemento uniformizador da jurisprudência em torno da interpretação dos dispositivos constitucionais.

Nesses termos, insta repisar que a *repercussão geral*, atualmente definida pelos artigos 102, §3º da Constituição Federal e 1.035 do Código de Processo Civil de 2015 é condição de admissibilidade para o Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por condão demonstrar o nível de “abstração” da demanda exposta, apesar de sua origem subjetiva.

Por meio desta condição impõe-se que sejam julgados pela Corte apenas os recursos que possuam questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os *interesses subjetivos* do processo, sendo este o fator que demonstra o teor de abstratividade das decisões obtidas nos julgamentos feitos por meio desta modalidade recursal.

Em outras palavras, isso quer dizer que os efeitos das decisões obtidas nos Recursos Extraordinários transcendem às demandas que os originaram, já que a solução dada pelo Supremo deverá ser aplicada a casos semelhantes em virtude de sua vinculatividade na condição de precedente.

Nesses termos, o recurso extraordinário, aliado ao requisito de admissibilidade da repercussão geral, passa a ser instrumento que visa primordialmente uniformizar o

entendimento em torno da interpretação constitucional, ainda que também tenha o condão de salvaguardar o direito individual daquele que formula o pleito propriamente dito.

Dessa maneira, infere-se que a sua função precípua é a de “[...] resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal” (CUNHA; DIDIER JR., 2016, p. 353).

Sendo assim, e para início da análise de enquadramento da decisão obtida no RE 641.320/RS⁷¹ aos parâmetros do método reconstutivo, considera-se que a delimitação do *problema* foi vislumbrada a partir da exposição fática feita pelo Relator do Recurso, Ministro Gilmar Mendes (fase I).

Ali se esclareceu que o Recurso foi oferecido pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele Estado, determinando que o réu da ação penal originária tivesse redução da pena condenatória e fixação de prisão domiciliar já que o Estado do Rio Grande do Sul não garantia estabelecimento prisional adequado para o cumprimento do regime semiaberto de acordo com as exigências dos artigos 91 e 92 da Lei de Execução Penal (L. nº 7.210/84).

Dito isso, foi possível compreender que o problema envolvia o seguinte dilema: *diante da negligência estatal em oferecer estabelecimentos adequados para o cumprimento do regime semiaberto nos parâmetros estabelecidos pela legislação infraconstitucional, o Tribunal de segunda instância optou por beneficiar o Réu na execução penal, pois se assim não o fizesse, autorizaria que o ele fosse submetido a regime mais rígido em seu lugar.*

De um lado ou de outro, quaisquer das opções eleitas pelo Tribunal de segunda instância acarretaria em inevitável alteração da condição de cumprimento da pena do Réu: fosse para beneficiá-lo em regime aberto, fosse para prejudicá-lo em sistema fechado.

O motivo determinante para essa “violação compulsória” da sentença penal condenatória, de sua vez, seria não outro que a *inércia estatal* em tratar da questão atinente à necessidade de manutenção de estabelecimentos adequados para o funcionamento do sistema carcerário nos parâmetros estabelecidos pela Lei 7.210/84.

Nesses termos, o problema colocado em exame referia-se não apenas à efetividade da Lei de Execução Penal em si, mas também disciplinava sobre a concretização de todo um rol de direitos fundamentais garantidos aos réus das ações penais e também da sociedade lesada

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 641.320/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 de julho de 2016. Inteiro teor do acórdão. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

pela conduta delitativa a partir da leitura conjunta dos dispositivos fundamentais elencados na Constituição Federal da República.

Compreendido, o problema, para fins de *pré-compreensão* (fase II), o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul teria apontado como mandamentos constitucionais violados pelo acórdão do TJRS os princípios da legalidade (art. 5º, II), da individualização da pena e da proporcionalidade da pena ao agravo (art. 5º, XLVI), além da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), visto nessa ocasião de maneira ampla e direcionado a toda a ordem social atacada pelo ato infracional, e, não apenas ao apenado, figurante naquele processo na condição de Recorrido.

A contextualização do problema em sua *pré-compreensão* foi resumida na seguinte justificativa exposta pelo Recorrente:

Pretende-se, assim, demonstrar que o conteúdo da decisão recorrida violou o preceito constitucional inscrito nos artigos 1º, inciso III e 5º incisos II, XLVI e LXV da Constituição Federal, importando, por isso, na discussão de matéria constitucional, que acaba por encerrar questão relacionada à violação direta e frontal à Constituição Federal. Não se pode confundir prisão ilegal e preservação da dignidade da pessoa humana com a condição ideal de cumprimento de pena idealizada pelo julgador. Dentro da realidade existente, ainda que reconhecida a precariedade do sistema carcerário, necessário enfatizar que se impõe o cumprimento das penas impostas pelo legislador para o cometimento de infrações penais, sob pena de violação do princípio da legalidade. Confrontados os interesses, forçoso reconhecer que prepondera o cumprimento da lei sobre o interesse do apenado, sob pena de criar-se situação de total impunidade no Estado do Rio Grande do Sul, bem como desigualdade entre os próprios sentenciados (pois inegável que existem inúmeros apenados, condenados por infrações semelhantes a do recorrido, que se encontram cumprindo pena nas casas carcerárias do RS).⁷²

Por meio disto é que o Tribunal guiou o raciocínio decisório, sendo que, diante da necessidade do esforço de compreensão do sentido dos dispositivos constitucionais tidos como violados *in casu*, necessitou perpassar também pela análise de outros conceitos de direito fundamental, como o direito à liberdade e ao devido processo legal (art. 5º LIV) e à segurança jurídica em sentido amplo (art. 5º *caput*).

Avançando na avaliação, importa ressaltar que, na fase da *heterorreflexão* (fase III) do recurso, houve a utilização de elemento emblemático para a participação democrática da sociedade nas construções decisórias do Tribunal: o instituto da *audiência pública*.

Justificada pelo Ministro Relator a partir da “[...] necessidade de se conhecer melhor as estruturas e condições dos estabelecimentos destinados, em todo o país, aos regimes de cumprimento de pena e às medidas socioeducativas [...]”, a realização do evento pretendeu

⁷² RE 641.320/RS, Manifestação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, fls. 60-61.

reunir o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral para prestar os “[...] esclarecimentos técnicos, científicos, administrativos, políticos, econômicos e jurídicos sobre o tema” (RE 641.320/RS, Despacho fls. 369-371).

A prerrogativa de realização de audiências públicas para a elucidação de tais questões, além de já ter sido prevista anteriormente no ordenamento jurídico para as ações do controle abstrato de constitucionalidade aos arts. 9º, §1º e 20, §1º da Lei 9868/99 e art. 6º, §1º da Lei 9882/99, também foi recentemente incorporada ao Código de Processo Civil de 2015 (L. 13.105/15) em seu artigo 1.038, II, possibilitando ao Relator dos processos de uniformização de jurisprudência nos Tribunais “[...] fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”.

Sobre o instituto ora analisado, disciplina a doutrina pátria:

Tem-se também aqui um processo estruturalmente aberto, que permitirá não só a participação dos interessados [...] mas também a manifestação de peritos e especialistas no tema, proporcionando uma escoreita, plural e informada instrução, do processo. Em verdade, há muito parte da doutrina vem apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial à própria metodologia jurídica. É certo que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o STF a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade. Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual do que à própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional. (MENDES, 2007, p. 127)

Dessa forma, foi possível condensar em uma só oportunidade a presença de diversas autoridades públicas (jurídicas, legislativas e administrativas) para a oitiva de suas declarações e pareceres sobre os elementos relacionados ao sistema carcerário brasileiro e à execução das medidas necessárias para a sua reestruturação.

De se destacar que o cunho democrático da audiência pública, realizada nos dias 27 e 28 de maio de 2013, também pode ser sentido a partir de sua transmissão em rede nacional pela TV Justiça e Rádio Justiça, nos termos do art. 154, parágrafo único, inciso V do Regimento Interno do STF⁷³, dando-se, então, ampla publicidade dos temas à sociedade civil.

⁷³ “Art. 154, parágrafo único, V- a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2017.

Tais iniciativas demonstram que o papel das mídias e das novas tecnologias também é de extrema importância para o exercício da heterorreflexão, democratização e publicização da decisão constitucional.

Sobre o conteúdo dos depoimentos prestados naquela oportunidade, insta frisar que, para além das manifestações relativas ao mérito subjetivo da causa - sobre a permissão ou não de cumprimento da pena em regime aberto na ausência de estabelecimentos apropriados - as manifestações dos participantes da audiência pública foram capazes de ilustrar o “*estado de coisas inconstitucional*” vivenciado atualmente no sistema carcerário do país.

Por meio delas foi possível perceber, da mesma maneira e em uma última fase da interpretação reconstrutiva, quais seriam os *efeitos prospectivos* e extrajurídicos (fase IV) que a decisão do Supremo poderia causar na situação. Exemplo disso, foram os seguintes pronunciamentos:

(I.1) Por exemplo, no Estado de São Paulo não há qualquer estabelecimento destinado ao cumprimento de pena em regime aberto, não há Casa de Albergado em São Paulo. Na prática, dezenas de milhares de pessoas cumprem pena em regime aberto domiciliar. Caso o Supremo Tribunal Federal decida que não há constrangimento ilegal em aguardar vaga em regime mais gravoso do que aquele determinado pelo juiz, dezenas de milhares de pessoas poderão voltar a ocupar as masmorras prisionais brasileiras. E isso nada mais seria do que dar “carta branca” para a Administração Pública estadual continuar apenas a construir estabelecimentos prisionais destinados ao regime fechado e neles manter pessoas que já teriam direito ao cumprimento de pena em regimes menos gravosos. Em termos práticos, eventual decisão desta e. Corte que corrobore o entendimento da inexistência de constrangimento ilegal no caso em tela, não só acarretará um ainda maior “boom” carcerário do que já existe, como impossibilitará a progressão de regime prisional no Brasil. (grifo nosso)⁷⁴

(I.2) Ora, ao permitir que o condenado ao cumprir pena em regime semiaberto aguarde em regime aberto vaga em estabelecimento adequado, o Estado reduz o nível de proteção à segurança da coletividade a nível inferior àquele exigido por um padrão mínimo de medidas estatais decorrentes dos deveres de tutela que lhe são inerentes [...] Além disso, a concessão indevida de tal benefício ao sentenciado estimula a Administração Pública a manter-se inerte e não aparelhar o sistema prisional de estabelecimentos adequados, em número suficiente ao atendimento da demanda crescente.⁷⁵

(II) No Estado do Paraná, em razão do déficit de, no mínimo, 1.600 vagas para cumprimento de pena em regime semiaberto, o foco principal da parceria com as APACs priorizará o atendimento a esse público-alvo, isto é, os condenados ao cumprimento de pena em regime semiaberto, em que os apenados não ficam fechados em celas de segurança, e sim em liberdade, e apenas à noite se recolhem em alojamentos coletivos. O Governo prevê a possibilidade do Estado do Paraná celebrar convênios com entidades civis de direito privado sem fins lucrativos e com Associações de Proteção e Assistência aos Condenados - APACs, seguindo, assim, modelo de sucesso reconhecido pela Organização das Nações Unidas -ONU e

⁷⁴ RE 641.320/RS, Manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Apenso III, Parte I, fl. 28.

⁷⁵ Idem, Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, Ministério Público do Estado de São Paulo, Apenso III, Parte I, fl. 49.

adotado pelo Estado de Minas Gerais, onde existem 31 APACs em funcionamento e dezenas de outras em fase de implantação, além de outros estados brasileiros.⁷⁶

(III) Cumpre consignar, por oportuno, que o Núcleo de Execução Penal ajuizou Ação Civil Pública com obrigação de fazer c/c pedido de antecipação de tutela em face do Estado de Mato Grosso (nº 32441-16.2009.811.0041) para fim de condenar o Estado, dentre outros pedidos a inserir no orçamento do ano de 2010, verba suficiente para revitalização e ampliação do Centro de Ressocialização de Cuiabá - CRC, visando transformá-lo em Colônia Penal, Industrial ou Similar em Cuiabá.⁷⁷

(IV) Os estabelecimentos prisionais do Estado estão superlotados, apresentam condições estruturais deterioradas, escassez de água potável, alimentação inadequada para o consumo humano, quantidade de colchões inferior ao número de presos, como também faltam profissionais para prestar assistência à saúde. Se não bastasse, as unidades prisionais são inseguras porque é desproporcional a quantidade de agentes penitenciários em relação à população carcerária, sendo uma das consequências diretas a restrição ao banho de sol diário. O rol de adversidades ainda é ampliado, pois poucos presos estudam e o número daqueles que trabalham é irrisório.⁷⁸

(V) Importante salientar que, no âmbito da justiça goiana, já têm sido levantadas discussões sobre a possibilidade de utilização do sistema de monitoramento para os presos do regime aberto, semiaberto e submetidos a prisão preventiva, devendo ser registrada a realização de audiência pública na Comarca de Rio Verde, no último dia 12, com o intuito de debater a questão. Segundo notícia divulgada no sítio eletrônico deste Tribunal, o projeto conta com o apoio do Estado, da prefeitura e da iniciativa privada, e deve ser iniciado com o número de cem tornozeleiras eletrônicas.⁷⁹

Assim como feito na exposição do caso previamente analisado, é de se destacar que algumas conclusões práticas puderam ser extraídas de cada uma dessas manifestações. Sendo assim, veja-se que:

- Do extrato I.1, percebe-se que no Estado de São Paulo, assim como na maioria dos demais Estados, existe grande déficit de estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena em regime semiaberto, o que teria autorizado o cumprimento em regime menos gravoso de maneira a evitar o incentivo ao *boom* carcerário já existente. Nas palavras da Defensoria Pública daquele Estado, se o Supremo entendesse em contrário incentivaria que fosse investido cada vez mais na construção de estabelecimentos para cumprimento do regime fechado, e não para regimes mais brandos conforme disciplinado pela Lei de Execução Penal. Em polo diametralmente oposto, mas aludindo para a reprodução dos mesmos efeitos, o Ministério Público do Estado de São Paulo apontou, no extrato I.2, que a permissão do cumprimento do regime aberto pela inexistência de vagas no sistema intermediário permitiria que o Estado se

⁷⁶ Idem, Manifestação da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná, Apenso III, Parte I, fl. 116.

⁷⁷ Idem, Manifestação do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Apenso III, Parte I, fl. 121.

⁷⁸ Idem, Manifestação da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, Apenso III, Parte II, fl. 161.

⁷⁹ Idem, Manifestação da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Goiás, Apenso V, fl. 42.

mantivesse inerte, não aparelhando o sistema prisional com estabelecimentos adequados, permitindo, então, a continuidade do descumprimento da Lei e do princípio da individualização da pena.

- Do extrato II, foi possível observar solução alternativa dada pela Corregedoria-Regional de Justiça e Ministério Público do Estado do Paraná para a situação duplamente lesiva visualizada no caso. Nesse esteio, a manifestante apontou para a celebração de convênios administrativos com entidades denominadas APACs, que funcionariam como centros alternativos ao cárcere para reintegração dos presos, sendo este um modelo recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e já adotado pelo Estado de Minas Gerais. O modelo seria recomendado pelo nível de sucesso obtido, já que o índice de reincidência naquele sistema foi observado em patamares mínimos.
- Do extrato III, expõe-se que a inércia dos Estados enseja o ajuizamento de ações civis públicas para a realização das obrigações cabíveis originalmente ao Poder Executivo. Isso demonstra que a falta de ação dos governos estatais leva à indesejável judicialização de questões que deveriam ser resolvidas primordialmente no palco político, mas que acabam por se tornar macroproblemas jurídicos em razão do persistente e massivo descumprimento destes deveres legais imputados aos Poderes Constituídos.
- Do extrato IV, retira-se um panorama bem conhecido de total indignidade e lesividade vivenciada pela grande maioria dos presos do sistema carcerário brasileiro.
- Do extrato V, visualiza-se medida que estaria sendo implantada em diversos estados com o intuito de contribuir com a redução das implicações maléficas do cárcere nas condições como vêm sido vistas hoje no Brasil: o uso de tornozeleiras eletrônicas pelos presos do regime aberto e semiaberto com intuito de monitorá-los em sua restrição de liberdade.

Além dessas contribuições oficiais, participaram do processo na condição de componentes do corpo de amigos da Corte o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e a Defensoria Pública-Geral da União, ambos desfavoráveis à tese levantada pelo Recorrente. Suas contribuições levantaram argumentos como o do “[...] papel realimentador que a atual aplicação sistemática de penas exacerbadamente duras exerce na perpetuação do círculo vicioso da violência” (fl. 241) e o de que a “[...] a indevida mistura de condenados por crimes

mais leves com outros mais perigosos cria verdadeira escola de criminalidade e revolta” (fl. 439).

Encerrando o momento de oitiva de interessados, sociedade civil e autoridades públicas, destacou-se também o pronunciamento da Procuradoria-Geral da República na condição de *custos iuris* junto ao Tribunal (art. 103, §1º CF c/c art. 52, XIV RISTF).

Na manifestação apresentada, o órgão corroborou a transcendibilidade do julgamento daquele recurso, uma vez que, mesmo já estando o réu Recorrido da ação originária cumprindo pena em estabelecimento adequado ao seu regime, pugnou pela continuidade do feito, rechaçando eventual perda de seu objeto para que o Tribunal se pronunciasse definitivamente sobre a questão para o julgamento futuro dos demais casos (fl. 500).

Finalizada a instrução, a questão foi votada pelo Plenário em sessão realizada em 11 de maio de 2016. Naquela oportunidade, apesar de não acatar a tese apresentada pela Recorrente por consolidar o entendimento segundo o qual, a falta de estabelecimento penal adequado não autorizaria a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso⁸⁰, a decisão teve *efeito de solução*, pois não se limitou apenas a dizer que a pena poderia ser cumprida em regime mais brando, mas criou, em verdade, condições para as hipóteses deste deferimento. Assim, determinou que:

Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.⁸¹

Nas justificativas apresentadas pelo voto do Relator, tais *efeitos de solução* estariam respaldados na edição da chamada “decisão manipulativa” de origem da doutrina processual italiana, e com tendência a solucionar a questão constitucional de “forma estruturante”, não se limitando apenas a estabelecer teses jurídicas abstratas.

A técnica invocada pelo Relator, fazendo referência às ideias de Riccardo Guastini, permitiria ao órgão de jurisdição constitucional *modificar* ou *aditar* normas *submetidas a sua apreciação* de maneira a que lhes fossem dadas interpretação e aplicação *concordante* com a

⁸⁰ Sobre o mérito do tema do Recurso, há que se ressaltar que a referida ação serviu de parâmetro para a aprovação da *Súmula Vinculante 56* do Supremo, em 29 de junho de 2016, disciplinando seu texto que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

⁸¹ RE 641.320/RS, Vol. III, Acórdão, Ementa, fl. 556, Relator Ministro Gilmar Mendes, Ano 11/05/2016.

Constituição. A justificativa dogmática para isso é apresentada no Acórdão nos seguintes termos:

Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martin de La Vega ressaltou ser possível compreender a proliferação das *decisões manipulativas de efeitos aditivos*, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional. (grifo nosso) ⁸²

Sendo assim, diante da evidente lacuna normativa e da urgência e obrigatoriedade de se resolver a questão pela via judicial por impositivo do princípio da demanda⁸³, o Supremo utilizou-se de técnica de emanção de sentença “concretista” cuja definição pode ser buscada em recurso ao mecanismo do *Konkretisierung* utilizado nas Reclamações Constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*) do processo constitucional alemão como técnica de aplicação para o controle das omissões do Poder Público naquele país, conforme explicita a seguinte conceituação:

O chamado “processo de concretização”, ou *Konkretisierung*, é o método de hermenêutica constitucional que permitiu ao *Bundesverfassungsgericht* alemão adotar decisões alternativas nos casos em que as omissões do legislador obstavam o exercício de direitos fundamentais. A utilização deste método foi percebida no emblemático caso julgado em 1969 em torno do art. 6º, parágrafo 5º da Lei Fundamental da Alemanha, que determinava ao legislador assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas àquelas vigentes para os filhos legítimos (BVerfGE 25, 167). Naquele caso, o Tribunal Constitucional alemão declarou que, configurada a mora do legislador, poderiam os juízes e tribunais aplicar o preceito de maneira direta, permitindo a concretização (*Konkretisierung*) dos direitos tutelados, a despeito da inércia do Legislador. (MENDES, 2009, p. 415).

Assim é que, diante da ausência de condições materiais para o cumprimento da lei em conformidade com a Constituição, não coube outra solução ao Tribunal a não ser o de criar, com base em todos os elementos constantes da instrução do recurso, alternativas que pudessem melhor adequar o “cumprimento da pena” aos parâmetros de “individualização”,

⁸² RE 641.320/RS, Acórdão, Relator Ministro Gilmar Mendes, fl. 593, Ano 11/05/2016.

⁸³ “Os tribunais são obrigados a decidir, mas como os casos chegam em estado bruto e como a capacidade de produzir e aceitar o “não” atinge limites quase insuportáveis, muitas vezes tanto as demandas quanto as soluções aguardam por momentos mais propícios ao tratamento político das questões. Não se trata de dizer que os tribunais passam a decidir politicamente. Como muitos problemas não são passíveis de tratamento jurídico mas os tribunais devem decidi-los -, constantemente se protela ao máximo a decisão para que a instância mais adequada – geralmente o poder político ou o acordo entre as partes – assumam suas responsabilidades funcionais”. (CAMPILONGO, 2011, n.p).

“segurança” e “dignidade” como elementos norteadores da atuação repressiva estatal e da ressocialização como objetivo primordial do sistema penal brasileiro:

Como já afirmado, o preso é pessoa, é um sujeito de direitos. Não pode ser visto perpetuamente como um inimigo. O Estado tem o dever de garantir aos presos em geral a oportunidade de ressocialização. Se não conseguimos garantir a segurança daquele que está em processo de ressocialização - progrediu ao regime semiaberto e está trabalhando -, estamos falhando em cumprir a principal função da execução penal: a ressocialização.⁸⁴

Além da técnica de concretização, o Supremo também se utilizou naquela mesma decisão do método chamado de *apelo ao Legislador* (*Apellentscheidung*), tendo apresentado no acórdão “sugestões” aos poderes políticos com o objetivo de contornar a crise carcerária amplamente demonstrada nos autos. Nesses termos, decidiu o Tribunal pelo:

Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.⁸⁵

Embora as medidas apresentadas não possuam caráter vinculante, o apelo ao Legislador é uma técnica de solução extraída da heterorreflexão e exercida no processo constitucional como forma de orientação à atividade política, e porque não dizer também como parâmetro para o controle da eficiência das atividades do Poder Público.

Apesar de não declarar de imediato a inconstitucionalidade, a técnica tem o condão de alertar as instituições sobre o iminente risco de seus atos omissivos ou comissivos incidirem em tal irregularidade, atuando o Tribunal Constitucional, nesse caso, de maneira *preventiva* “operando no campo preliminar da patologia constitucional” (MENDES, 2009, p. 406).

Mais uma vez vislumbra-se que a correta aplicação do método e a preocupação do julgador com a emissão de resultado jurisdicional que seja favorável aos direitos

⁸⁴ RE 641.320/RS, Vol. III, Acórdão, fl. 575.

⁸⁵ Idem, fls. 557-558

fundamentais a despeito dos eventuais entraves políticos que possam existir para sua implementação demonstram que a tese procedimentalista não pode se autossustentar caso não esteja aliada à preocupação de que os resultados materiais do processo reflitam na melhoria da realidade prática.

Adotar posicionamentos desta envergadura possibilita que o Judiciário, e nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, supere argumentos positivistas restritivamente incorporados ao sistema jurídico brasileiro como é o exemplo do “princípio da reserva do possível”, ou da preeminência do princípio da “separação dos poderes” como forma de blindagem da função de controle mútuo.

Fazer isto é o mesmo que rechaçar a utilização de argumentos como o da necessidade de contingenciamento do orçamento público para fins de desvencilhar-se da obrigação de bem adequá-lo às finalidades fundamentais do Estado brasileiro.

Nesses casos, não se pode desconsiderar que quando o Estado formula o orçamento público, ele automaticamente elege prioridades, devendo demonstrar em suas justificativas o porquê de preterir um programa de ação em detrimento de outro em virtude da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos.

Nesse esteio, o Poder Judiciário não poderá deixar de agir quando, devidamente provocado, percebe que eventual decisão administrativa/política ofende valores e princípios de direito fundamental, a exemplo do mínimo existencial e da necessidade de fomento de condições dignas de vida aos seus destinatários.

Essas ponderações se fazem de extrema importância no campo do controle das omissões inconstitucionais do Poder Público, incentivando ao Supremo que apresente soluções alternativas à deliberada inação das instituições legiferantes.

Para esses fins, relembra-se que os direitos fundamentais possuem aspecto objetivo que vincula todos os “Poderes” a sua observância e realização, sendo este um forte argumento para a autorização da emissão de sentenças aditivas e mandamentais nesses casos.

A mudança de postura do Tribunal já foi sentida nesses casos paradigmáticos apontados. Exemplo disso, junto ao Recurso Extraordinário ora analisado, é a decisão cautelar obtida na ADPF 347, na qual o Supremo, munindo-se de ferramenta decisória criada originalmente pela Corte Constitucional Colombiana, reconheceu que o caos generalizado do sistema carcerário brasileiro revelaria a existência de um “*estado de coisas inconstitucional*”.

Sobre o referido instituto, explana-se:

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de *violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais*. Tem por finalidade, além do reconhecimento formal desse quadro de violações a direitos fundamentais, *a construção de soluções estruturais, dialógicas e pactuadas* voltadas à superação desse lamentável panorama de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face de ações e omissões lesivas do poder público. (CUNHA JR., 2016, p. 382, grifo nosso)

Assim, a medida cautelar mandamental teve como fundamento a priorização de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

De acordo com a ementa de deferimento editada na ADPF 347, tem-se que:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para *determinar aos juízes e tribunais* que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...]; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para *determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional* para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se *determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional*, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. (grifo nosso)⁸⁶

Como se depreende do extrato, uma das medidas determinadas foi a de não contingenciamento do Fundo Penitenciário, determinando-se a aplicação de seus recursos para os fins a que originariamente se destinam, a despeito de todo e qualquer ato que pudesse questionar a “reserva do possível” de um montante que já estaria disponível aos Poderes Públicos, faltando apenas a devida reversão para as finalidades previstas.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 347/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 11 de setembro de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

Dessa maneira, o Supremo utilizou-se de técnica denominada de *complex enforcement*, como referenciado pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão do RE 641.320⁸⁷, sendo definido naquele ato como a técnica utilizada no caso de litígios nos quais é denunciado um estado ofensivo ao Direito, determinando-se a expedição de ordens judiciais de fazer ou não fazer como forma de exercício da tutela inibitória em abstrato.

Dito isso, é possível concluir que a ADPF 347, apesar de ainda estar pendente de julgamento final, já se revela como um paradigma para a defesa da *tutela positiva dos direitos fundamentais* pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que mesmo não tendo sido exaurida a fase de cognição, os elementos probatórios produzidos até então, juntamente com as informações recebidas de outros órgãos e instituições foram suficientes para emissão de medida cautelar de natureza mandamental em face do Poder Público nas esferas judicial e executiva.

Por isso é que se conclui que todas estas etapas do raciocínio demonstram que o problema do constitucionalismo brasileiro não reside na falta de disposição e positivação de direitos fundamentais, mas sim no reconhecimento de sua normatividade e necessidade de efetiva incidência na realidade prática.

A interação e o controle das atribuições entre os Poderes Públicos são inevitáveis. Nesse âmbito o Poder Judiciário, embora não esteja expressamente investido da atribuição de criar políticas públicas, poderá tutelar os direitos prestacionais de maneira positiva à luz das técnicas interpretativas expostas, sujeitando o raciocínio decisório ao imperativo de publicidade, sendo esta também uma maneira indireta de formação da opinião pública acerca do mérito das políticas priorizadas pelo Estado.

Assim, a dificuldade de se reconhecer que a concretização de direitos, mais que uma recomendação, é uma imposição do texto constitucional, que direciona esta obrigação, não apenas aos Poderes políticos, mas se volta também à instância Judiciária, impõe que se perceba a Constituição “[...] não como uma norma qualquer, de qualquer conteúdo, mas precisamente como portadora de determinados valores materiais” (ENTERRÍA, 2001, p. 98, tradução nossa).⁸⁸

Dessa forma, o Poder Judiciário se encontra em posição de garante da concretização dos direitos fundamentais, não podendo mais tratá-los como simples aspirações ou ideais do

⁸⁷ “Nesses precedentes, adotamos a técnica do *complex enforcement*. Sargentlich, tido como o primeiro autor a empregar a locução, definiu o ‘*complex enforcement*’ como o tipo de litígio ‘*no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer*’” (RE 641.320, Acórdão, Vol. III, fl. 599-560).

⁸⁸ “[...] no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales”.

Constituinte, mas sim como dispositivos com efetiva *força normativa e aplicabilidade imediata* nos parâmetros do art. 5º, §1º do texto constitucional.

Logo, a tomada de posição substancialista, observadas as limitações impostas pelo procedimento, e desde que juridicamente fundamentado o resultado decisório obtido pelos membros do Supremo Tribunal Federal, faz-se essencial para a construção de um ordenamento jurídico firme, e também de uma sociedade livre, justa e igualitária de acordo com o imperativo determinado ao art. 3º, inciso I da CRFB/88.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal avaliar a atuação do Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Tribunal Constitucional brasileiro, para fins de tutela e fomento dos direitos fundamentais expressamente positivados na Constituição e também dela extraídos de maneira decorrente.

Como se infere das conclusões obtidas, os direitos fundamentais formam categoria jurídica *não exaustiva*, já que seu intuito é o de fornecer, da maior maneira possível, qualidade de vida aos cidadãos, harmonia nas relações celebradas e pacificação social, tudo isso em prol de um mesmo centro informador: a *dignidade da pessoa humana*.

Há que se dizer, nesse esteio, que a Constituição Federal de 1988 munuiu as instituições de ferramentas mais que adequadas para a minimização dos problemas sociais sentidos no Estado brasileiro por meio da atuação jurisdicional do Tribunal Constitucional pátrio, o STF.

Além disso, permitiu também ao legislador infraconstitucional que criasse tantos outros instrumentos jurídicos passíveis de contribuir com este mister. Diante disso, foi observado que a evolução formal e positiva do sistema jurídico brasileiro não refletiu necessariamente em melhoria das condições da realidade vigente, havendo, ainda, muitas questões de complexidade a serem dirimidas na sociedade brasileira.

Por isso é que se diz que o Supremo Tribunal Federal deve assumir em definitivo sua função pública jurisdicional de aplicação dos ditames da Constituição, não buscando apenas nas justificativas formais o acerto da sua atuação, mas também nos critérios substanciais a satisfatividade dos resultados por si obtidos.

Sendo assim, apesar de terem extrema importância, as garantias formais do processo como as regras de tramitação e a abertura democrática para a participação do cidadão nas atividades da Corte não serão autossuficientes para o desempenho a contento desta função.

O julgador deve considerar que suas decisões produzirão efeitos determinantes na realidade em que se aplicam, havendo necessidade de comunicação entre as instituições e os aspectos fáticos do passado, do presente, e também do futuro, aplicando-se a visão prospectiva que contribui em potência para as finalidades de concretização dos direitos fundamentais.

Neste movimento interpretativo, é possível reconstruir o Direito em sua integridade, assumindo-se que a Constituição é um documento “vivo”, que se conforma à sociedade na medida do necessário, não deixando de garantir a tutela dos patamares mínimos já conquistados pela gradativa incorporação de direitos em seu texto.

Com isso, pretendemos demonstrar que as características trazidas pelo pós-positivismo jurídico e pelo neoconstitucionalismo dele advindo apresentam justificativas teóricas que alertam para a necessidade de assunção dessa postura substancialmente complementar por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ainda assim, mesmo que se tenha vislumbrado certa reavaliação de seus papéis junto à realidade social, o STF ainda se encontra premido em face da utilização de argumentos da tradição positivista como é o caso do “princípio da separação dos poderes” e terminologias como a “reserva do possível”, fazendo com que sua atividade não exerça todo o potencial que detém para fins de aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Quando se coloca de maneira crítica neste trabalho a preponderância de determinados valores em detrimento de outras cláusulas também fundamentais para determinados casos sensíveis não se quer com isso desconsiderar a importância que tais conceitos limitativos têm diante do ordenamento.

O que se pretende, em verdade, é demonstrar que quando são consideradas como verdades absolutas, ou quando importadas as teorias procedimentalistas de maneira acrítica à realidade prática nacional, tais argumentos acabam por ceifar a função conformadora que a Constituição detém para os fins de regulação social.

Nesse esteio, concluímos que enquadrar “subsuntivamente” as teorias procedimentalistas desenvolvidas nos Estados norte-americano e alemão ao caso brasileiro seria o mesmo que fechar os olhos para a existência de diferenças marcantes entre os ordenamentos jurídicos citados.

Há que se reiterar que a Carta de Direitos da Constituição norte-americana é completamente sintética em comparação ao vasto conteúdo elencado em nossa Constituição de 1988. Além disso, o sistema de controle de constitucionalidades daquele país, não conta com mecanismos de controle concentrado, apesar de ter no *stare decisis* instituto que visa à abstrativização das decisões obtidas pela *Supreme Court*.

Pondera-se, ainda, que as características próprias da evolução histórica e conformação societária do país norte-americano contribuem para uma visão marcadamente individualista dos direitos fundamentais, sendo que aqueles de segunda, terceira e quarta dimensões não estão incorporados de maneira expressa ao documento constitucional daquele país, ao contrário do que acontece no caso brasileiro.

E isso também se aplica ao caso alemão, país no qual, apesar de a Constituição (*Grundgesetz*) não elencar exaustivamente o rol de direitos sociais devidos aos jurisdicionados, existe forte expressão do Estado de Bem-Estar Social corroborado pelas

ações do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) e pelos Tribunais Constitucionais dos Estados Federados. Além disso, características geográficas, políticas e históricas do país germânico também são responsáveis por comprometer o enquadramento da teoria dos autores procedimentalistas ao caso brasileiro de forma perfeitamente subsumível.

Nesses termos, buscamos em ideias pós-positivistas mais adequadas à necessidade substancialista da jurisdição constitucional brasileira, possibilidades como a de considerar que até mesmo determinadas interpretações de dispositivos constitucionais venham a ser reputadas como inconstitucionais quando confrontadas com valores basilares que inspiram os objetivos e fundamentos do ordenamento jurídico pátrio.

Exemplo prático de aplicação deste conceito aos intuitos do trabalho foi a demonstração de que a solução dada no caso da ADI 4277 desconsiderou a redação literal de dispositivo originariamente constitucional (art. 226, §3º CRFB), não tendo chegado a declará-lo inconstitucional, mas fazendo sobre ele uma *releitura atualizada*, ou, em outras palavras, utilizando-se de *interpretação expansiva* a despeito de interpretações literais que pudessem restringir a tutela dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Tal decisão, apesar das críticas proferidas pela doutrina que considera os movimentos de mutação constitucional como interferências indevidas do Poder Judiciário, não deixou de ser jurídica, não havendo que se questionar a legitimidade democrática do Tribunal quando vislumbrado que a preocupação com o resultado esteve devidamente parametrizada aos limites da atuação jurisdicional, mormente obedecendo todos os limites formais e processuais de aplicação.

As técnicas decisórias que venham ao encontro dos intuitos substancialistas de fomento aos direitos fundamentais representam, nesse âmbito, exemplos salutares de aplicação do preceito ao caso brasileiro. A este título tiramos como postulados norteadores de atuação os princípios da coerência, os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, além das técnicas de interpretação constitucional, destacando-se, entre elas, a da interpretação conforme a Constituição.

De outro lado, também foram consideradas as balizas que pretendem conferir *aceitabilidade racional* (HABERMAS, 1997a) às decisões do Supremo, respaldando-nos como maior e mais importante fator de limitação do poder conformador do Judiciário o *dever de fundamentação* das decisões, tendo sido este recentemente reforçado a partir da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), sendo considerado como desdobramento objetivo do direito à publicidade conferido aos cidadãos.

Sendo assim, fora sugerido que não só a garantia, mas também o fomento aos direitos fundamentais da pessoa humana, não representassem apenas uma “prerrogativa” do Tribunal Constitucional, mas em verdade determinou-se que tais ações fossem tratadas como determinantes *deveres públicos* de cujo cumprimento o Tribunal não se pode desvencilhar, sob pena de esvaziamento do conteúdo normativo da Constituição.

Por isso, assevera-se que os instrumentos procedimentais só poderão produzir resultados satisfatórios caso estejam aliados à preocupação do julgador em fazer da sua atuação *efetiva*. De nada adiantaria, por exemplo, criar uma ação de controle de descumprimento a preceitos fundamentais ou ações de controle das omissões inconstitucionais se os resultados obtidos por meio destes instrumentos não forem suficientes para atender às demandas por eles objetivamente trazidas.

Nesses termos, reforçamos que, atendidos os pressupostos formais de atuação, bem como dada as oportunidades advindas da aplicação do devido processo legal às ações e recursos carreados na jurisdição constitucional brasileira, não cabe outra escolha ao julgador a não ser o impulso ao mérito, e acima de tudo a criação de soluções que tenham o condão de *resolver* o problema social exposto, a despeito da inércia ou da abusividade das prerrogativas estatais levadas a cabo pelas demais funções do Poder Público.

Fazer isso não é transformar o Judiciário em um “Terceiro Gigante” (MAUS, 2000), depositário de toda a confiança e responsável por suprimir todas as mazelas do seio social brasileiro.

Significa, em verdade, colocá-lo frente a uma postura de *coatividade* na construção de um ordenamento jurídico sadio, reprimindo terminantemente as violações que possam nele ser sentidas, e impulsionando o texto escrito à aplicação fática, principalmente no que diz respeito a direitos fundamentais que ainda se encontram em crônica pendência de concretização no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª edição. Malheiros: São Paulo, 2014.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.) **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 03 maio 2009.

_____. Diferentes mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, 2011, **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC, n. 17, jan./jun. 2011, p. 105-138. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Diferentes_mas_iguais_o_reconhecimento_juridico_das_relacoes_homoafetivas_no_Brasil).pdf)>. Acesso em: 25 maio 2017.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **47 Indiana Law Journal** 1, 1971. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4149&context=fss_papers>. Acesso em: 21 jan. 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação da jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de julho de 1984.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 de dezembro de 1999.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2076/AC. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade ADI 4277/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 de outubro de 2011. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão ADO nº 22/DF – Distrito Federal. Relator: Ayres Britto. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 de agosto de 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 347/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 de setembro de 2015. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 28 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 641.320/RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno. Brasília: STF, **Secretaria de Documentação**, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2017.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho - DOXA**, núm. 21, vol. I (1998), p. 209-220. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*: ISBN: 9788502129795. Acesso em: 23 mar. 2017.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CUNHA JR., Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DAHL, Robert Alan. **A Constituição Norte-America é democrática?** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHAIZ-ESPINOZA, Danielle Sales. **Entre substancialismo e procedimentalismo**: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada. Maceió: EDUFAL, 2009.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed. reimp., Madrid: Civitas, 2001.

FARBER, Daniel; SHERRY, Suzanne. **Judgement calls**: principles and politics in constitutional Law. Oxford University: Oxford, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y future del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización Del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

MACIEL, Débora A.; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política**: duas análises. Lua Nova, nº 57, 2002. Disponível em: <
<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP Nº 58, Nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza Del Derecho**, Año 4, Número 8, 2007.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **A defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional**: entre o substancialismo e o procedimentalismo. 2012. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª Ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1998. *E-book*: ISBN: 9781400822171. Acesso em: 20 jan. 2017.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010b.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H. **The invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. *E-book*: ISBN 978-0-19-530425-1. Acesso em: 03 mar. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2014.