



JCDF

Jurisdição Constitucional e
Direitos Fundamentais



Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos
Fundamentais da Escola de Direito de Brasília

Paulo Gustavo Gonet Branco (org.)

**A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS COM
FOCO NAS DECISÕES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL STF**

DOI 10.11117/9788565604000

1ª edição
Brasília
IDP
2012

Branco, Paulo Gustavo Gonet.
A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da
jurisdição constitucional STF. / Organização Paulo Gustavo Gonet.
– Brasília : IDP, 2012.

196p.

ISBN: 978-85-65604-00-0

1. Jurisdição Constitucional.
Tribunal Federal I. Título.

2. Eficácia. 3. Supremo

CDD 341.2

APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado das atividades do Grupo de Pesquisa do IDP/Mestrado Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais no ano de 2011.

Reúnem-se, aqui, alguns dos estudos que foram elaborados por integrantes do grupo e debatidos nos encontros entre os participantes. Cada um deles provocou adesões, ressalvas, complementações e novas perspectivas, possibilitando que o propósito do Grupo de Pesquisa fosse atendido: o estímulo ao desenvolvimento de uma postura crítica diante da realidade jurídica e diante da própria produção científica de análise dessa realidade.

Anualmente, o grupo escolhe um tema, próprio à linha reitora das pesquisas a que se dedica, para sobre ele centrar as suas preocupações acadêmicas, rendendo, ao final do ano letivo, além da experiência do debate desataviado de constrangimentos não propriamente acadêmicos, alguns artigos, como os que agora são dados ao conhecimento geral.

Em 2011, o nosso assunto central foi a eficácia das decisões judiciais, com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF. Todos no grupo, e de resto em toda a sociedade, percebíamos o alargamento, no âmbito dos temas sociais e moralmente polêmicos, das decisões da jurisdição constitucional, sobretudo no que tange à aplicação de normas de direitos fundamentais. Essa realidade que assombra tantos, fascina outros mais e estabelece um novo reequilíbrio na ordem dos poderes, é patente, mas não o é, ao que o grupo sentiu, a realidade do adimplemento das decisões.

Pensamos, então, em discutir que meios o sistema jurídico dispõe para implementar as decisões, especialmente aos do Supremo Tribunal Federal, conferindo observância real às suas deliberações. Para isso,

também era oportuno refletir sobre o que a jurisdição deve levar em conta para produzir não somente decisões tecnicamente corretas, como, no domínio do pensamento do possível, social e politicamente viáveis. Uma visão teórica sobre esse ponto de análise se beneficiaria de um estudo de casos em que esses aspectos, conscientemente ou não, sobressaíssem. Daí os estudos que são apresentados a seguir.

No artigo de Ana Carolina Figueiró Longo, o leitor encontrará expostos os propósitos do grupo de estudos e uma descrição das suas origens, com o que saberá o que esperar dos textos elaborados logo mais. O trabalho de Tatiana do Couto Nunes explora precisamente o ângulo teórico da responsabilidade e da factibilidade das decisões judiciais que envolvem direitos fundamentais de mais marcante influência no âmbito social. O escrito de Carolina Scherer Bicca propõe uma reformulação de jurisprudência em setor social, tendo em vista as consequências práticas das linhas de decisão existentes em contraste com expectativas sociais legítimas num Estado democrático de direito. Sidraque David Monteiro Anacleto se dedica ao exame do real significado de uma decisão tópica da Suprema Corte – em torno do regime de cumprimento de pena por crime hediondo – para compreender em que medida as mudanças de jurisprudência podem ser assimiladas ao fenômeno da mutação constitucional, pesquisando se a mutação pode ser vista como um consectário da atuação do Supremo, ou se, antes, a decisão apenas formaliza a mudança informal da Constituição já operada anteriormente. As interações de opinião pública e História com as decisões do STF foram objeto das atenções de Carolina Reis Jatobá Coêlho, quando enfocou o contexto da decisão tomada em ADPF sobre a Lei de Anistia. Por fim, o estudo de Janete Ricken Lopes de Barros dedica-se a ponderar a solução, que vem ganhando corpo, de conferir efeito vinculante a decisões de Tribunais superiores, com vistas a mais célere resolução de questões jurídicas, contrastando esse intuito com princípios centrais da ordem brasileira, como o da independência do magistrado, da prioridade no

resguardo da cidadania, enfatizando o papel do Poder Legislativo nesse quadro.

Acreditamos que o nosso grupo de pesquisa se expande para além dos nossos encontros periódicos, quando abrimos para o leitor que não conhecemos ainda, esses pontos de discussão, quem sabe não atraindo você, que tem diante dos olhos esses trabalhos, a participar das nossas reuniões, sempre anunciadas neste mesmo site do IDP.

Em nome do Grupo, dou-lhe as boas-vindas!

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	4
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEITURA CRÍTICA	
Ana Carolina Figueiró Longo	8
A SINÉPICA COMO MECANISMO DE EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	
Tatiana Couto Nunes	17
O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. O JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	
Carolina Scherer Bicca.....	38
A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A REGRA DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU VIRAGEM DE ENTENDIMENTO?	
Sidraque David Monteiro Anacleto	77
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DA LEI DA ANISTIA: A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153 E O NECESSÁRIO ENCONTRO DO PASSADO E FUTURO POR MEIO DO DEBATE SOCIAL	
Carolina Reis Jatobá Coêlho	98
LEGITIMIDADE DAS DECISÕES EM SEDE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:	
Guilherme Pupe da Nóbrega.....	131
AS DEMANDAS REPETITIVAS E O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	
Janete Ricken Lopes De Barros.....	171

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEITURA CRÍTICA

Ana Carolina Figueiró Longo

A autora é especialista em Direito Público pelo IDP e Editora-Adjunta da

Revista Direito Público

DOI 10.11117/9788565604000.01

RESUMO: Este texto traduz a história e o trabalho desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais na busca de seus objetivos básicos que são o estudo da concretização dos Direitos da Pessoa e a produção de textos científicos.

ABSTRACT: This paper reflects the history and the work developed by the Research Group Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais in the conquering of its objectives, such as the study of Human Rights achievement and de scientific papers production.

1 Formação histórica e propósito do grupo de pesquisa

O Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais se constituiu no início do ano de 2007, da reunião dos alunos que fizeram parte de uma das turmas da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público, promovida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, e por iniciativa do Professor Gilmar Mendes que queria aprofundar as discussões

acerca dos aspectos mais relevantes da jurisdição constitucional com os alunos que se interessassem pelo tema.

O grupo foi a primeira experiência formal do Instituto com pesquisa e, por ser o único, era chamado apenas de grupo de estudos.

Inicialmente, ele se dedicou à leitura de textos clássicos, como como o texto “Jurisdição Constitucional” de Kelsen e as discussões práticas e atuais do conteúdo doutrinário ali exposto. Após cerca de um ano neste formato, o grupo decidiu modificar seu foco e passou a dirigir seus estudos às decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que toca à jurisdição constitucional.

Entretanto, como é comum em diversos grupos de pesquisa, o JCDF passou por dificuldades, como a inviabilidade de encontrar um bom dia para as reuniões, falta de interesse de alguns dos integrantes, dificuldades de acertar a agenda do grupo com a do Prof. Gilmar.

Foi então, que o Prof. Paulo Gonet Branco se ofereceu para coordenar academicamente as atividades de pesquisa realizadas, e modificou o foco do grupo para discutir: "como é que se deve fazer pesquisa e como se deve escrever um texto científico?", sem deixar de lado, contudo as discussões acerca da da jurisdição constitucional.

Na busca de seus novos objetivos, o grupo de pesquisa JCDF desenvolveu uma metodologia particular, segundo a qual, a qual a cada encontro, o grupo produzirá um artigo científico, de autoria de um ou dois integrantes do grupo, que tomará por fundamento um dos temas correlatos à temática geral elegida para ser estudada ao longo do ano. Este texto será distribuído entre os participantes com alguma antecedência e, a cada encontro, receberá as críticas pertinentes, numa perspectiva de, simultaneamente, aprofundar os estudos acerca da jurisdição constitucional e investigar os elementos metodológicos de um texto científico.

Desta forma, os integrantes do grupo se esforçam para desenvolver as competências necessárias para bem criticar os textos lidos e, quando autores, para receber estas críticas como uma colaboração ao aperfeiçoamento do trabalho, quando o texto levado é de sua autoria.

2 Estudos e discussões acerca da eficácia e consequência prática das decisões em sede de controle de constitucionalidade

No ano de 2010, o grupo de pesquisa JCDF optou por centrar seus debates na eficácia e consequências práticas das decisões em controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, a sua observância e o instituto da reclamação.

Dentro desta temática muitos assuntos são alvo de indagação e reflexão pelo grupo de pesquisa já que nota-se que, muitas decisões, mesmo produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não se convalidam em ações concretas para sua efetivação. E disso emergem um sem número de consequências.

O descumprimento das decisões do STF ensejam a interposição de reclamação e, novamente à Suprema Corte são apresentados os elementos de uma situação considerada inconstitucional, aliado a um novo elemento que é a negativa de eficácia do comando emanado de uma decisão da Excelsa Corte. Neste caso, seria possível uma nova interpretação da norma analisada previamente para uma readequação de sua estrutura às aspirações da sociedade. Poderia, pois, o Supremo reinterpretar a norma tida por inconstitucional e, em sede de reclamação, novamente avaliar sua validade?

De outro lado, contudo, a mera interposição da reclamação pode ensejar a retratação do magistrado e essa nova análise pelo Supremo jamais acontecerá.

O instituto da repercussão geral também interfere na efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal, já que, muitas vezes, apesar de contrária à uma interpretação já proferida por aquela Corte, o acórdão de um Tribunal de segunda instância não poderá ser reformado se as questões nele discutidas não possuírem o condão de afetar outras pessoas, estranhas à relação processual, poderá permanecer vigente entendimento contrário à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo.

Cabe analisar, também, as consequências de um descumprimento patente. É possível prever sanções administrativas e disciplinares ao magistrado? e neste caso, o órgão competente para analisar seu cabimento seria o CNJ? haverá, pois, uma nova oportunidade para se apreciar os limites da decisão do Supremo Tribunal e suas consequências práticas, e, desta vez, num órgão administrativo.

Esses são apenas alguns elementos pontuais destacados da temática central analisada pelo grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais no ano de 2010.

3 Formação crítica dos integrantes do Grupo de pesquisa JCDF

Os calorosos debates envolvendo o Direito Constitucional e sua aplicação prática especialmente no que toca aos direitos fundamentais, contudo, não afastam o grupo de seu objetivo final, que é a investigação acerca dos modos de fazer da produção científica. As reflexões desenvolvidas ao longo dos encontros são sempre acompanhadas do estudo

coletivo acerca da pesquisa científica bem como da atribuição desta qualidade aos textos produzidos.

Pesquisa pode ser conceituada, segundo Rudio, como

um conjunto de atividades orientadas para a busca de um determinado conhecimento. A fim de merecer o qualificativo de científica, a pesquisa deve ser feita de modo sistematizado, utilizando para isto método próprio e técnicas específicas e procurando um conhecimento que se refira à realidade empírica¹.

Pedro Demo caracteriza pesquisa como algo fundamental para descobrir e criar, para questionar, necessário para modificar o pensamento estabelecido pelo novo²:

Pesquisar, assim, é sempre também dialogar, no sentido específico de produzir conhecimento do outro para si, e de si para o outro, dentro de contexto comunicativo nunca de todo devassável e que sempre pode ir a pique. Pesquisa passa a ser, ao mesmo tempo, método de comunicação, pois é mister construir de modo conveniente a comunicação cabível e adequada e conteúdo da comunicação, se for produtiva. Quem pesquisa tem o que comunicar. Quem não pesquisa apenas reproduz ou apenas escuta. Quem pesquisa é capaz de produzir instrumentos e procedimentos de comunicação. Quem não pesquisa assiste à comunicação dos outros.³

E é sob esta perspectiva que o Grupo Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais se predispõe a fazer ciência. Isto porque, ao longo dos anos, o grupo desenvolveu um método próprio de estudo e observação crítica da realidade.

Inicialmente o trabalho se restringe às reflexões individuais, quase solitárias, de um dos membros, que produz um texto, que reflete as pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais acerca das indagações diante das estranhezas de uma única pessoa sobre a realidade social.

1RUDIO, Franz Vitor. Introdução ao projeto de pesquisa científica. 19. ed. Petrópolis: Vozes: 1995, p. 9.

2DEMO, Pedro. Pesquisa: princípio científico e educativo. 8. ed. São Paulo:Cortez, 2001, p. 34

3DEMO, Pedro. Pesquisa: princípio científico e educativo. 8. ed. São Paulo:Cortez, 2001, p. 39

Em seguida o artigo é levado ao grupo para que todos contribuam com seu aperfeiçoamento. O trabalho que começou individual, passa a ser coletivo porque contém, agora, as reflexões dos demais integrantes do grupo sobre a leitura realizada.

É nesta segunda etapa que a razão de ser do grupo de pesquisa se manifesta, visto que se busca o estudo e aperfeiçoamento de modo coletivo e não apenas individual. A cada reunião, autor e participantes se engajam num debate crítico, apontando qualidades e defeitos em cada elemento contido no texto apresentado e desta experiência nasce uma obra individual, mas que contou com a colaboração de muitos.

Estes muitos, além de refletirem e debaterem acerca de um tema específico do Direito Constitucional, a cada encontro desenvolveram sua capacidade de crítica. Esta é uma competência que envolve tanto o saber ouvir e apreender as observações que outros produzem sobre a obra individual, como o saber apontar os pontos fortes e fracos da obra produzida pelo outro.

Partindo deste ponto de partida, em que a pesquisa está relacionada a um método e correlacionada ao debate coletivo, pode-se afirmar que o Grupo Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais se predispõe a fazer ciência.

Especialmente se se pensar na atividade científica do juspublicista do século XXI, que deve pensar dentro de um espírito concretista, "direcionado para a pragmática, por meio da qual não se impõe a eliminação dos problemas (frutos naturais da complexidade da vida real), mas o seu adequado enfrentamento"⁴.

É que os debates produzidos a cada encontro do grupo de

4 XIMENES, Júlia, Material didático distribuído para a aula de Metodologia do Ensino e da pesquisa científica, no âmbito da Pós-Graduação *lato sensu* em Processo Civil da parceria entre o IDP, COC e Pretorium, ministrada no dia 26/09/2009, não publicado

pesquisa refletem as inquietações de seus integrantes acerca da concretização de direitos fundamentais, seja por violações explícitas ou omissões, tanto de autoridades públicas, como de particulares.

Isto porque, os temas de discussão para cada reunião é decidido por um relator escolhido, que apresentará suas impressões acerca de uma situação fática, ou interpretação de normas jurídicas. E este tema trará, por decorrência lógica, todas as compreensões do relator, assim como o seu olhar para o mundo concreto. Com o debate no âmbito do grupo, as visões e pré-compreensões dos demais integrantes passam a fazer parte, também, do trabalho produzido, enriquecendo-o.

Além disso, ao longo dos anos, o grupo desenvolveu um método próprio de estudo e observação crítica da realidade e é por meio desta metodologia que realiza suas pesquisas.

Inicialmente o trabalho se restringe às reflexões individuais, quase solitárias, de um dos membros, que produz um texto, que reflete as pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais acerca das indagações diante das estranhezas de uma única pessoa sobre a realidade social.

Em seguida o artigo é levado ao grupo para que todos contribuam com seu aperfeiçoamento. O trabalho que começou individual, passa a ser coletivo porque contém, agora, as reflexões dos demais integrantes do grupo sobre a leitura realizada.

É nesta segunda etapa que a razão de ser do grupo de pesquisa se manifesta, visto que se busca o estudo e aperfeiçoamento de modo coletivo e não apenas individual. A cada reunião, autor e participantes se engajam num debate crítico, apontando qualidades e defeitos em cada elemento contido no texto apresentado e desta experiência nasce uma obra individual, mas que contou com a colaboração de muitos.

Estes muitos, além de refletirem e debaterem acerca de um tema

específico do Direito Constitucional, a cada encontro desenvolveram sua capacidade de crítica. Esta é uma competência que envolve tanto o saber ouvir e apreender as observações que outros produzem sobre a obra individual, como o saber apontar de modo idôneo os acertos e erros da obra produzida pelo outro.

Vale destacar, que, segundo Edgar Morin, a atividade crítica é um dos elementos fundamentais para a construção do saber científico:

Devemos compreender que, na busca da verdade, as atividades auto-observadoras devem ser inseparáveis das atividades observadoras, as autocríticas, inseparáveis das críticas, os processos reflexivos, inseparáveis dos processos de objetivação. Portanto, devemos aprender que a procura da verdade pede a busca e a elaboração de metapontos de vista, que permitem a reflexividade e comportam especialmente a integração observador-conceptualizador na observação-concepção e a “ecologização” da observação-concepção no contexto mental e cultural que é seu⁵.

Desde o momento da concepção da ideia que ilustrará o artigo levado a debate ao grupo, passando pela discussão coletiva, até a aprovação final do texto, os elementos críticos se revelam presentes. A peculiaridade do trabalho desenvolvido reside no fato de que estas observações críticas não se dão de modo individual, mas coletivo, tornando a obra muito mais complexa e completa.

Assim, o Grupo de Pesquisa JCDF desenvolveu uma metodologia própria que lhe garante a pesquisa e produção de textos científicos voltados para a realidade dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMO, Pedro. Pesquisa: princípio científico e educativo. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001

⁵MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 31

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 11. ed.
São Paulo: Cortez, 2006

RUDIO, Franz Vitor. Introdução ao projeto de pesquisa científica. 19. ed.
Petrópolis: Vozes: 1995.

XIMENES, Júlia, Material didático distribuído para a aula de Metodologia do
Ensino e da pesquisa científica, no âmbito da Pós-Graduação *lato sensu* em
Processo Civil da parceria entre o IDP, COC e Pretorium, ministrada no dia
26/09/2009, não publicado

A SINÉPICA COMO MECANISMO DE EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Tatiana do Couto Nunes

Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

10.11117/9788565604000.02

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de estudar o consequencialismo, concepção que permite ao magistrado conferir maior eficácia às decisões judiciais e que se coaduna com o objetivo de concretização constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimação do Poder Judiciário – consequencialismo – eficácia das decisões judiciais – direitos sociais

ABSTRACT: This article proposes the analysis of consequentialism in Law as a conception that allows more effectiveness in a judicial decision towards a constitutional concretization.

KEY WORDS: Judicial power legitimacy – consequentialism – effectiveness of judicial decision – social rights

INTRODUÇÃO

“A ciência jurídica se revela não como uma teoria sobre a decisão, mas para obtenção da decisão”. Essa afirmação de Tércio Sampaio na sua “Introdução à ciência do Direito”⁶, embora correta, representa apenas metade do caminho exigido na atualidade. É que, hodiernamente, se torna cada vez

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**, 4^a. ed. 2^a. Tiragem, São Paulo: Atlas, 2003.

mais manifesta a necessidade de a decisão ser realizável no mundo sensível, eis que de nada vale a obtenção de uma decisão que não tenha correspectividade no mundo social.

Nesse sentido, e considerando que o Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais tem como tema base dos seus trabalhos de pesquisa no ano 2010 as consequências práticas das decisões do Supremo Tribunal Federal, o presente artigo se debruçará sobre a efetividade da decisão judicial obtida, mas não apenas em sede de controle de constitucionalidade pela Corte Suprema, mas pelo Poder Judiciário como um todo, em qualquer grau de jurisdição.

Sendo esse o foco dos debates travados, mostra-se relevante a abordagem de um tema cuja discussão é relativamente recente, a do chamado consequencialismo, ou sinépica.

A sinépica é parte da estrutura da formação da decisão, se constituindo de um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a “pensar em consequências”, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões, de modo que elas sejam realizáveis no mundo real.

Esse exercício de antecipação mental dos efeitos que serão causados com a decisão proferida é de forma tal relevante que somente haverá legitimação do Poder Judiciário se em suas decisões for adotada a vocação consequencialista, com base na teoria da Constituição, considerando, entre outras, a teoria constitucional democrático-deliberativa (seja na vertente procedimentalista, seja na substancialista⁷).

⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 44-48.

Nesse passo, utilizando como pano de fundo considerações sobre a relação entre democracia e constitucionalismo, é pertinente investigar, ainda que de forma sucinta, o papel do Judiciário na promoção da igualdade material e na concretização dos direitos sociais, sendo legítimo afirmar, desde já, que o exame daquelas teorias permite a verificação da compatibilidade do consequencialismo com a ideia de concretização constitucional.

Para o enfrentamento do tema proposto, tocarão à pesquisa, porque inafastáveis, abordagens sobre as teorias filosóficas de justificações do direito — dentre as quais, a teoria da argumentação, da interpretação e o pragmatismo —, o processo de formação da decisão judicial e a segurança jurídica.

Em determinado momento do artigo, adotar-se-á a teoria da constituição democrático-deliberativa como premissa metodológica necessária ao desenvolvimento do raciocínio — afirmando-se, portanto, que é tarefa do Judiciário a consecução efetiva (ativa) dos direitos sociais.

Para que o artigo não fique limitado apenas a considerações teóricas sobre o tema, serão ilustradas, ao final, duas situações hipotéticas para demonstrar os possíveis impactos decorrentes de diferentes decisões judiciais, consequencialistas e não-consequencialistas. À derradeira, será analisada decisão do Supremo Tribunal Federal dotada de vocação consequencialista.

2 TEORIAS DEMOCRÁTICAS DO CONSTITUCIONALISMO E PODER JUDICIAL

Atualmente, está em voga o debate acerca do papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos sociais e dos limites dessa atuação. Sobre o tema, há robustas vertentes de argumentação tanto no

sentido de rechaçar a postura ativista do Judiciário quanto no sentido de corroborá-la. Este parece ser um cenário que gera profunda instabilidade na função daquele Poder.

Nesse contexto, e tendo em mente a discussão do papel do Judiciário na concretização da igualdade material (mais especificamente dos direitos sociais), se faz relevante o estudo das teorias constitucionais da constituição dirigente e da constituição democrático-deliberativa, duas concepções de teoria constitucional que compreendem de forma distinta a relação entre democracia e igualdade material.

Segundo a teoria da constituição dirigente, a democracia deve realizar a concretização de um determinado projeto social, de modo que a seleção das finalidades estatais por parte do legislador ordinário é consideravelmente restrita. Ao Judiciário caberia, portanto, o controle dos eventuais abusos ou omissões dos demais poderes, mas não a concretização autônoma e imediata daquele projeto⁸.

A teoria democrático-deliberativa, de outra banda, vê os direitos sociais como passíveis de concretização direta pelo Poder Judiciário em caso de omissão estatal, de modo que o ativismo judicial no campo social não representaria uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação⁹. Por esse prisma, os direitos sociais não são considerados objetivos, mas pressupostos e condições da democracia¹⁰.

Segundo essa concepção — e ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da Constituição dirigente —, no que tange aos direitos prestacionais, a missão do Judiciário não é a de fiscalizar a implementação

⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**, disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf), p. 3), pp. 2-3.

⁹ IDEM, p. 3.

¹⁰ IDEM, p. 22.

efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Dessa forma, ao realizar adequadamente essa tarefa, aquele Poder está incrementando as condições para que o povo decida melhor¹¹.

Por motivos metodológicos, e conforme anunciado na introdução deste artigo, será adotada, doravante, a teoria da constituição democrático-deliberativa, de modo a criar um espaço mais largo de possibilidades e de legitimação do Poder Judiciário (maior espaço de criação do Direito pelo magistrado), que permita, mais facilmente, a análise e a visualização da utilização, ou não, do pensamento consequencialista na formação da decisão judicial — o que não seria viável se se optasse pela visão da constituição dirigente.

Assim, por exemplo, quando é proferida decisão judicial no sentido da concessão de medicamentos, essa decisão é corroborada pela teoria constitucional democrática-deliberativa eis que, para essa perspectiva, quando se trata de direitos sociais básicos, o Judiciário tem legitimidade de concretizá-los independentemente de decisões majoritárias:

não há aqui usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Há, antes sim, a garantia de condições de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido¹².

Conforme assinala Cláudio Pereira de Souza Neto, as teorias democrático-deliberativas buscaram, por meio das suas vertentes

¹¹ IDEM.

¹² NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria... Ob. cit., p. 33-34

substancialista e procedimentalista, aferir em que medida a Constituição pode restringir as decisões que foram objeto de assentimento majoritário¹³.

Em breve linhas, pode-se sintetizar a principal diferença entre as duas concepções, da seguinte forma: (i) para a vertente substancialista¹⁴, o constitucionalismo exerce um papel fundamental, já que os princípios encontram-se positivados no texto constitucional; ao passo que (ii) para a concepção procedimentalista¹⁵, o constitucionalismo também exerce um papel importante, mas subsidiário em relação à deliberação democrática. Assim, sua função é a de, tão-somente, garantir as condições procedimentais da democracia¹⁶.

3 JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”¹⁷. Esta afirmação de Karl Larenz, registrada em

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44.

¹⁴ Modelo apoiado na filosofia política de John Rawl (**O liberalismo político**, 2000, p. 73).

¹⁵ Vertente formulada especialmente por Habermas.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 44-45.

¹⁷ LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3^o ed., Berlim/Heidelberg/Nova York, 1975, p. 154, in ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 17. No mesmo sentido, o pronunciamento da Corte Constitucional alemã lembrado por Alexy em sua obra (Ob cit., p. 34): “Primeiro a corte estabelece que à luz do art. 20, parágrafo 3 da Constituição (Grundgesetz) [...] o direito não é idêntico à totalidade das leis. Visto que de acordo com a lei básica (não se exige) que os juízes meramente dêem instruções do tipo legislativo dentro dos limites dos possíveis significados literais nos casos isolados. A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundamentadas na argumentação racional”.

1975, pode representar tranquilamente uma das preocupações hodiernas do panorama jurídico.

Num contexto em que se vivencia a hipertrofia do Poder Judiciário — a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional marca a maior complexidade da atividade jurisdicional, que sai do plano meramente subjetivo para reger as situações objetivamente —, a justificação do direito no processo de tomada das decisões judiciais assume especial relevância, até mesmo para a verificação da legitimidade (ou não) do Judiciário, num cenário em que esse Poder atua de forma cada vez mais ativa¹⁸.

Em razão disso, é relevante investigar, no presente artigo, as teorias de justificação do direito, tecendo considerações sobre a justificação pela via da argumentação jurídica, a justificação sob o foco da interpretação jurídica e o pragmatismo e, sobretudo, realizar breve estudo sobre o consequencialismo.

Para teoria da justificação do Direito pela argumentação jurídica, que tem como teóricos principais Neil MacCormick e Robert Alexy, a função básica da argumentação jurídica é primordialmente a justificação. Com relação a esses dois autores, deve-se ressaltar, primeiramente, que mesmo advindos de contextos jurídicos diferentes (MacCormick presente em um ambiente de *common law* enquanto Alexy escreve no sistema romano-germânico), ambos produziram teorias bastante semelhantes da argumentação jurídica enquanto um processo de justificação.

Segundo o primeiro autor, justificar significa ofertar razões que assegurem a justiça em consonância com o direito. Alexy, por sua vez, ensina que a argumentação ocupa lugar no discurso jurídico sob uma série

¹⁸ No mesmo contexto encontram-se as polêmicas relativas à Jurisdição constitucional e política e à judicialização de políticas públicas.

de condições limitadoras, tais como a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática da ciência do direito, bem como — ainda que não tenha pertinência com o discurso doutrinário — as limitações através das normas jurídico-processuais¹⁹.

MacCormick preconiza que para que uma decisão faça sentido no mundo, sua justificação possui, necessariamente, três características: ela é (i) consequencialista, na medida em que o juiz deve considerar as consequências de tomar a decisão de um modo ou de outro; (ii) ela é estimativa, eis que faz com que o juiz se pergunte acerca da aceitabilidade ou não de tais consequências; e (iii) ela é subjetiva, haja vista que os juízes, ao avaliar as consequências de possibilidades rivais de decisão podem, por exemplo, conferir pesos diferenciados aos critérios distintos de avaliação²⁰.

Nessa esteira de raciocínio, MacCormick aponta não só para a necessidade de a decisão fazer sentido no mundo, mas também a de fazer sentido no sistema jurídico. Para ele, ainda que um argumento tenha base consequencialista, ele não deve ser adotado se divergir de alguma regra válida do sistema jurídico e, demais disso, a decisão deve se coadunar com um conjunto de normas que, além de não se contradizerem, façam sentido juntas²¹.

A vertente que se ocupa da interpretação jurídica, cujo principal expoente é Aulis Aarnio, propõe o estudo da justificação do direito como um caso de interpretação. Nessa esteira, Aulis Aarnio busca mostrar aos juízes como proceder ao interpretar uma norma, de modo a justificar suas decisões de forma racional e aceitável, preservando, por conseguinte, a segurança

¹⁹ CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, 83.

²⁰ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 457).

²¹ IDEM.

jurídica. O autor sob menção entende que uma justificação por meio da interpretação só será jurídica se tiver amparo em pelo menos uma norma. Nessa senda, uma decisão tomada apenas com base na avaliação de suas consequências será parte de um discurso social, mas não jurídico²².

A terceira teoria relevante para o presente estudo é o pragmatismo jurídico, uma concepção teórica que inverte a lógica tradicional da justificação dedutiva, partindo da conclusão para então chegar às premissas. Essa vertente se preocupa primariamente com a melhor solução para o direito, para a sociedade, de modo que o direito somente pode ser justificado por meio de suas decisões judiciais quando estas sejam tomadas tendo em vista as reais necessidades da sociedade como um todo, e não com a interpretação ou argumentação adequada para justificar a decisão judicial individual²³.

Os pragmatistas, contudo, não têm preocupação com princípios jurídicos e não vêem o Direito como sistema, mas apenas e tão-somente pensam nas consequências “ideais”²⁴ de determinada decisão, o que poderia gerar, no limite, uma decisão *contra legem* diante de eventuais consequências satisfatórias para a sociedade — nesse ponto, os pragmatistas divergem dos consequencialistas, pois, como bem assevera

²² MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob. cit., p. 461 e 466. Perceba-se, ainda, que essa característica do pensamento de Aarnio o afasta da concepção do pragmatismo.

²³ Thamy Pogrebinski alega que as a teoria da argumentação e da interpretação não estão aptas a cumprir a tarefa de justificar o Direito porque ambas se prendem a razões eminentemente jurídicas para esse mister, de modo que não se ocupam de justificar o Direito, mas, tão-somente, de explicá-lo. Segundo a autora, “(...) apenas uma concepção de justificação que parta da conclusão (a satisfação da sociedade) para as premissas (razões públicas) Será suficiente para justificar o Direito pela via do Direito – mas não unicamente pelas razões do Direito. E esse é o caso do pragmatismo”. (MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob cit., p. 470).

²⁴ Sobre os ideais pragmatistas, Perelman leciona que “um uso característico do argumento pragmático consiste em propor o sucesso como um critério de objetividade, de validade; para muitas filosofias e religiões, a felicidade se apresenta como a última justificação das teorias (...)” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305).

MacCormick “cada decisão, embora aceitável e desejável em bases consequencialistas, deve também ser permitida pelo direito como ele é”²⁵. Nesse particular, se vislumbra a possibilidade de o pragmatismo ferir de morte a segurança jurídica.

“Com o constitucionalismo moderno, assume relevância a exigência da segurança jurídica e, por conseguinte, a necessidade de que as decisões judiciais não sejam mais fundadas na autoridade formal e na arbitrariedade”²⁶. Essa constatação reflete a relevância e a necessidade de se ter um sistema jurídico que preze pela segurança jurídica e que se afaste, portanto, da concepção pragmatista.

Sob esse enfoque será investigado o consequencialismo, uma concepção que vem sendo objeto de exames esparsos por estudiosos das mais variadas tendências, intimamente relacionada com a segurança jurídica e que permite a obtenção de sentenças judiciais adequadas e realizáveis no mundo real.

4 UMA NOVA VISÃO DA DECISÃO JUDICIAL: A VISÃO PROSPECTIVA DO CONSEQUENCIALISMO

Sinépica é uma palavra de origem grega que pode ser traduzida como pensamento consequencial, a sugerir que a decisão judicial seja tomada com base nas possíveis consequências práticas que ela pode produzir²⁷.

Com efeito, o consequencialismo (ou sinépica) é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação

²⁵ MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. Ob cit., p. 458.

²⁶ IDEM, p. 449.

²⁷ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo²⁸. Segundo o consequencialismo, não basta o juiz dar uma decisão, uma solução normativa, que não tenha correspectividade no mundo social, que seja ineficaz.

Sob a ótica de Jorge Amaury Maia Nunes, a sinépica representa um novo limitador na construção do dispositivo sentencial (norma jurídica individual), que impõe ao magistrado um exercício prognóstico dos efeitos que o cumprimento daquela decisão irá provocar no mundo sensível. Nas palavras do autor: “Não se trata mais de obter a decisão; trata-se de realizá-la no mundo real de forma adequada, o que impõe ao magistrado, antes de proferi-la, verificar os limites de sua realizabilidade, até como forma de evitar a frustração de expectativas, construídas pela própria sentença, em relação ao vencedor, ao vencido, e à sociedade como um todo”²⁹.

Examinando a teoria da argumentação, Arthur Kaufmann³⁰ afirma — para demonstrar a insuficiência da teoria da interpretação de Savigny — que podem ser utilizados muitos outros argumentos³¹ com os quais se podem fundamentar decisões jurídicas, dentre os quais, a garantia da segurança jurídica ou da justiça, valorização das consequências, sensibilidade jurídica, praticabilidade e homogeneidade do direito³².

MacCormick³³ tratando do tema dentro de uma perspectiva de *common law* dedica o capítulo VI da sua obra sobre argumentação jurídica

²⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 65.

²⁹ IDEM.

³⁰ KAUFMANN, Arthur in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 153.

³¹ Além dos quatro elencados por Savigny: gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

³² A esse respeito, Alexy alega que há fraquezas nos cânones de interpretação, razão pela qual entende que eles não podem ser usados como regras suficientes por si mesmas para a justificação de julgamentos jurídicos. (ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 18).

³³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 165/195.

aos chamados argumentos consequencialistas, demonstrando que tanto ele como John Austin admitem que as decisões costumam ser determinadas por esse tipo de consideração. Com efeito, John Austin assinala que:

Na medida em que os fundamentos da decisão sirvam como fundamentos de decisão em casos futuros e semelhantes, seu ator [o juiz] legisla em termos substanciais ou de fato. E sua decisão costuma ser determinada por uma reflexão sobre o efeito que os fundamentos da decisão possam produzir como lei ou norma geral (...)³⁴

Deve-se ressaltar, entretanto, que o consequencialismo de MacCormick tem uma dimensão adicional decorrente do fato de que, nos sistemas de *common law*, a decisão proferida hoje poderá ser o precedente da decisão de amanhã³⁵. Então, a apreciação das possíveis consequências ultrapassa os limites do caso concreto que está sendo decidido para abarcar quaisquer outros casos futuros³⁶.

Ricardo Luiz Lorenzetti, ao tratar da teoria da decisão judicial, aponta três passos para o controle da solução dedutiva pelo magistrado: o “olhar para trás” (elementos de consistência); “o olhar para cima” (elemento de coerência); e o “olhar para frente” (elemento consequencialista). Com relação ao último passo, o autor assevera que este se concentra na análise de consequências que pode produzir a decisão no futuro, podendo ser: (i) gerais — que excedem o âmbito das partes envolvidas e repercutem sobre a sociedade; (ii) jurídicas — que servem de incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas na contenda; ou (iii) econômico sociais — que causam impacto na área econômica e na organização social³⁷.

³⁴ IDEM, p. 165.

³⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia, ob. cit., pp. 66-67.

³⁶ MacCORMICK. Ob. cit., especialmente pp. 165, 191, 193.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 162 e 165.

O tema também é debatido na obra de Perelman³⁸. Com efeito, o que Perelman chama de argumento pragmático é imediatamente associável ao consequencialismo, dada a definição que o autor dá àquela espécie de argumento:

denominamos argumento pragmático aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas consequências favoráveis ou desfavoráveis. Esse argumento desempenha um papel a tal ponto essencial na argumentação que certos autores quiseram ver nele o esquema único da lógica dos juízos de valor. Para apreciar um acontecimento, cumpre reportar-se a seus efeitos³⁹.

Deste modo, a sinépica, sem desprezar os postulados do Direito posto, impõe que a decisão judicial seja praticável, consequente. “Admite-se o Direito como ciência para a obtenção de uma decisão, mas, sobretudo, de uma decisão exequível que, nessa condição, não produza mais mal do que bem”⁴⁰.

Uma das expressões mais evidentes do consequencialismo é o princípio da reserva do possível⁴¹, standard de inspiração alemã que encontra eco tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria.

Deveras, a reserva do possível firma-se no sentido de verificar, no âmbito dos direitos prestacionais, o que pode ser razoavelmente exigido da

³⁸ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 302 e seguintes.

³⁹ PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Ob. cit., p. 303.

⁴⁰ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 67.

⁴¹ O princípio da reserva do possível teve como paradigma a famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades, em que a Corte Constitucional alemã reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, “**não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vaga a qualquer tempo e a qualquer um que a pleiteie [...], sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo**” (Caso citado no inteiro teor do acórdão proferido na IF 2.915-5-SP, no voto do Ministro Gilmar Mendes, p.31).

sociedade pelo cidadão, de modo que não se imponha ao Estado algo que este não possa cumprir, a não ser com graves danos para a sociedade como um todo, às custas da desestruturação das reservas orçamentárias, dos planos de dispêndio, das políticas públicas estabelecidas, etc.⁴²

Como cediço, a aplicação desse princípio gera vastas discussões no seio do Judiciário e no meio acadêmico porque envolve questões relevantes e atuais tais como a do acesso a medicamentos por meio de provimento jurisdicional⁴³ — que têm entre as inúmeras teses contra seu provimento a consecução de políticas públicas pelo Judiciário e o princípio da reserva do possível.

Em homenagem ao mesmo postulado, foi possível ao Judiciário deixar de proceder a uma intervenção federal em uma unidade da Federação, ao constatar que a solução da questão concerne a aspectos puramente pecuniários (falta de pagamento de precatório) que não poderiam ser resolvidos por meio daquele instituto⁴⁴.

Em sede doutrinária, cabe mencionar o competente estudo de Giovani Bigolin, de onde se extrai:

(...) esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde ele existe. Nesse contexto, mesmo reconhecida situação tópica que pudesse estar indubitavelmente enquadrada dentro de

⁴² NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 68.

⁴³ Repise-se que, quando a decisão é no sentido da concessão de medicamentos, a teoria constitucional democrática-deliberativa confirma a jurisprudência do Supremo relativo ao direito à saúde.

⁴⁴ Recorde-se a IF 2.915-5/SP (DJ de 28.11.2003), em que se examinava pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo.

um padrão mínimo, a entrega da prestação também estará sujeita à presença dos recursos materiais⁴⁵.

No mesmo sentido, e em passagem elucidativa, Ingo Sarlet afirma:

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado) encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação⁴⁶.

Noutro giro, Sarlet assere que, especialmente no âmbito dos direitos sociais, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Outrossim, alerta que não devem os operadores do Direito — especialmente os magistrados — simplesmente sucumbir diante das "forças reais de poder" (Lassale) ou em face da alegação de ser inviável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações com amparo no princípio da reserva do possível⁴⁷.

À derradeira, vale o registro de que, aqui, não se tomam os termos sinéptica e reserva do possível como sinônimos, mas, com certeza, a reserva do possível pode configurar uma expressão ou modalidade de sinéptica para a edição da norma jurídica individual. Tem-se daí que, embora a reserva do financeiramente possível não seja a única forma de consequencialismo a

⁴⁵ BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, 30 de junho de 2004.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 260.

⁴⁷ **Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, nº.1, Salvador-Bahia, abril/2001.

considerar, certamente é uma das formas mais evidentes da interpretação sinéptica⁴⁸.

5 IMPACTOS DAS DECISÕES CONSEQUENCIALISTAS

Para que o tema não fique adstrito ao campo teórico, serão ilustradas duas situações hipotéticas de sorte a tornar possível a visualização dos impactos de decisões consequencialistas e não-consequencialistas a partir da mesma situação fática.

Primeiramente, uma de caráter eminentemente processual. Imagine-se uma contenda formada em razão de uma invasão de propriedade, em que o proprietário busca a prestação jurisdicional por meio de uma ação possessória. Considerando que o inciso II do artigo 282 do Código de Processo Civil dispõe que a petição inicial indicará os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu, seria razoável exigir do autor da ação o cumprimento dos requisitos indicados com relação aos réus? Em outras palavras, deveria o Magistrado ater-se à norma incrustada nos artigos 282 e 284 do Código de Processo Civil e indeferir a petição inicial pela ausência de indicação da qualificação dos turbadores/esbulhadores?

Uma decisão com vocação consequencialista não optaria pelo indeferimento da inicial porque tal conduta poderia significar a afirmação de que todas as demandas que envolvessem questão possessória seriam extintas quando o autor da ação não pudesse qualificar os réus, o que acabaria, no limite, por legitimar a prática de atos de turbação e esbulho por sujeitos ou grupos de qualificação desconhecida. Uma decisão consequencialista, ao revés, determinaria a citação do grupo de pessoas

⁴⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. Ob. cit., p. 68.

presente na propriedade invadida por meio do oficial de justiça, acompanhado de força policial.

Imagine-se, agora, uma segunda situação: a indústria X, localizada em área próxima ao lago Paranoá, e que gera cerca de três mil empregos diretos e mil empregos indiretos no Distrito Federal, tem contra si ajuizada ação civil pública cuja *causa petendi* está amparada na constatação de que a referida indústria está causando dano ambiental decorrente da poluição do lago provocada pelos dejetos que inevitavelmente são expelidos com a produção desenvolvida por ela. No caso apresentado, qual seria a decisão dotada de vocação consequencialista, em outras palavras, que ensejaria “mais bem do que mal” com o desate da lide?

Uma decisão consequencialista não autorizaria o magistrado a determinar o fechamento da indústria ré porque o julgador teria ponderado, necessariamente, as consequências advindas do fechamento, tais como o desemprego dos quatro mil funcionários da indústria X, a circulação da economia, dentre outros. Ao revés, o pensamento sinéptico do julgador o levaria a considerar, por exemplo, a determinação de instalação de filtros capazes de evitar a poluição decorrente da atividade desenvolvida pela indústria⁴⁹⁵⁰.

Sem embargo dos exemplos trazidos à balha, o modo mais tranquilo de se vislumbrar uma decisão consequencialista ocorre com o uso de situações que envolvam os direitos sociais. Registre-se, por isso, não mais uma situação hipotética, mas decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com evidente cunho consequencialista, sobre o direito à saúde.

⁴⁹ No caso apresentado, o magistrado poderia, à luz do artigo 461 do Código de Processo Civil, adotar a providência proposta.

⁵⁰ Registre-se que as duas situações hipotéticas apresentadas, e suas respectivas “soluções judiciais” são, apenas, alguns exemplos utilizados para ilustrar, de forma mais didática, o que significa, na prática, o uso do pensamento consequencial. Por óbvio, seriam possíveis outras decisões, também dotadas de vocação consequencialista.

Em 17.03.2010, foi publicada daquela Corte a notícia de que o “Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves”.

A notícia em comento refere-se ao julgamento do agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, em que a União buscava suspender decisão que determinou o fornecimento do medicamento à paciente portadora de doença neurodegenerativa rara, alegando, entre outras teses, a violação da separação dos Poderes.

O Ministro Gilmar Mendes, após ouvir os depoimentos prestados pelos diversos setores envolvidos na audiência pública realizada em 27, 28 e 29 de abril, 4, 6 e 7 de maio de 2009, entendeu que restou evidenciada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.

É que, segundo o ministro:

o denominado problema da ‘judicialização do direito à saúde’ ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêm compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das reservas orçamentárias.

Realizando ponderação entre as vertentes de argumentação contrárias e favoráveis à postura ativista do Judiciário na efetiva concretização dos direitos sociais, o ministro aduziu que, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, as

políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicam escolhas alocativas, que seguem critérios de justiça distributiva e que pressupõem “escolhas trágicas”, pautadas por critérios de macrojustiça.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, é justamente nesse ponto que se afirma que o Judiciário — o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça) — não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.

À guisa de conclusão, o ministro entendeu que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Nessa linha de raciocínio, juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto repleto de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Destarte, aos que defendem os Direitos Fundamentais e a sua concretização material pelo Judiciário, a referida decisão tem evidente vocação consequentialista⁵¹.

CONCLUSÃO

⁵¹ O raciocínio se aplica aos que defendem os Direitos Fundamentais e a sua concretização material pelo Judiciário. De outra banda, pode-se afirmar, com certo grau de segurança, que o entendimento de um consequentialista da doutrina da Análise Econômica do Direito de Posner, calcada na teoria da eficiência, seria fixado em sentido diametralmente oposto ao decido pelo Supremo. É que, sob o ponto de vista da eficiência, não é relevante saber quem tem direitos. Maximizar significa matematicamente escolher a melhor alternativa em face das restrições existentes. (a esse respeito, ver POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6ª ed., EUA: Aspen Law & Business).

No panorama jurídico atual, é crescente o debate em torno da (re)definição do papel do Poder Judiciário, notadamente no que concerne à concretização dos direitos sociais.

Com o constitucionalismo moderno, surge de forma patente a exigência da segurança jurídica e a necessidade de que as decisões judiciais não sejam tomadas de forma arbitrária. Nesse contexto, assume especial relevância a justificação do direito para a verificação da legitimação do Judiciário no processo de tomada de decisões.

Tendo isso em mente, o consequencialismo permite, a um só tempo, a obtenção de decisões judiciais eficazes — porque realizáveis no mundo sensível — e tendentes a ter mais efeitos positivos do que negativos, não só com relação às partes litigantes, mas à sociedade como um todo.

Evidencia-se, assim, a compatibilidade do consequencialismo com a ideia de concretização constitucional, e, por conseguinte, a importância dessa concepção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, 30 de junho de 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 3ª edição, introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática**. In: **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Luís Roberto Barroso (organizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 43-82.

_____. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**, disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf).

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. Brasília: IDP Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, ano 1, vol. 1, nº.1, Salvador-Bahia, abril/2001.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. O JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Carolina Scherer Bicca

Mestranda e pós-graduada em Direito Constitucional pelo IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do RS. Ocupa o cargo efetivo de Procuradora Federal, carreira vinculada à Advocacia-Geral da União, exercendo, atualmente, o cargo em comissão de Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal junto ao IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

DOI 10.11117/9788565604000.03

RESUMO: O presente ensaio objetiva analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a adoção de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Juízo de Adequação - Lei Orgânica da Assistência Social – Benefício de Prestação Continuada - Jurisdição Constitucional - Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The present essay views to analyze how the Supreme Court can advance in the interpretation of Organic Law of Social Assistance according to the aims of the social welfare policy of the State and the option for a Democratic State of Law.

KEY-WORDS: Constitucional Appreciation of Law – Organic Law of Social Assistance – Benefit of Continued Assistance – Constitucional Jurisdiction – Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por meta analisar em que medida o Supremo Tribunal Federal pode avançar na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS , em relação ao critério de renda definido pelo legislador para a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a opção do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito , bem como avaliar as conseqüências de suas decisões.

Em um primeiro momento, faremos um breve estudo acerca do significado, para a sociedade brasileira, da inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e das medidas então adotadas pelo Estado, para, a seguir, chamar a atenção para os resultados obtidos e o que deve ser melhorado nessa área. No intuito de aclarar os reais desígnios da assistência social, perpassaremos pelos seus objetivos, princípios, diretrizes, seus responsáveis e destinatários, bem como pelos principais benefícios assistenciais criados e os resultados obtidos com sua implementação.

Posteriormente, por ser um dos benefícios de maior importância no âmbito da assistência social, discorreremos sobre a principal controvérsia judicial existente acerca da legislação que regulamenta o BPC, qual seja, o critério de renda definido pelo legislador para efeito de obtenção de tal benefício, demonstrando como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre o assunto.

Em seguida, versaremos sobre a atuação esperada do Tribunal em face à opção por um Estado Democrático de Direito, discorrendo sobre as atitudes e os limites a serem observados pela Corte a fim de assegurar sua legitimidade democrática.

Por fim, trataremos dos parâmetros a serem observados pelo Supremo no reexame dos critérios legais de concessão do BPC, em razão das circunstâncias envolvidas, quais sejam, tratar-se do reexame de uma política pública, estar-se diante de um dispositivo legal criado em razão de delegação do constituinte, ter sido referido dispositivo declarado constitucional pelo Tribunal em momento anterior.

2 DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

2.1 O significado da sua inserção na Constituição Federal de 1988.

A assistência social assumiu novos contornos após ser inserida, pelo constituinte de 1988, no âmbito da Seguridade Social. Com isso, o assistencialismo foi reconhecido como uma política pública, integrando, juntamente com as políticas de saúde e previdência, um sistema de proteção social.

Assim, houve um alargamento dos direitos sociais e do campo da proteção social no país, com a expansão da responsabilidade pública no enfrentamento de problemas até então deixados sob responsabilidade da iniciativa privada.

O constituinte, atento à miséria e à desigualdade existente em nosso país, reconheceu a assistência como um direito social, inserindo-a no bojo da Carta, passando a ser mais um dos direitos a ser provido pelo Estado de Bem-Estar-Social, novo modelo de Estado, oriundo da Constituição Federal de 1988, que, embora não o tenha previsto expressamente, inseriu em seu corpo inúmeros direitos sociais que não deixam dúvida de sua adoção .

Pode-se afirmar, ainda, que o reconhecimento do princípio da solidariedade no âmbito do Supremo Tribunal Federal , pautado na idéia de um esforço público em financiar determinadas necessidades sociais, representou um fortalecimento à assistência social.

Diante dessa responsabilidade imputada ao Estado, a população necessitada passou a ter acesso a serviços e a uma renda considerada mínima e os idosos e os deficientes a uma renda de solidariedade, concedida independentemente de contribuição.

2.2 A assistência social como elemento de integração social.

Àqueles contrários a qualquer tipo de assistencialismo pelo Estado, vale destacar a assertiva de Miguel Rague de Mattos para quem o pensamento da desigualdade em decorrência do esforço pessoal se demonstra perverso, uma vez que, em nosso país, as condições de partida são extremamente diferenciadas.

Não é à toa que muitas das teorias sobre a igualdade invocam a igualdade de bem-estar para justificar por que pessoas com deficiências devem receber recursos do Estado em determinadas hipóteses, uma vez que a dificuldade que enfrentam em razão de sua fragilidade, aliada à pobreza em que vivem, torna mais custosa, por eles, a obtenção de êxito e satisfação .

No Brasil, onde o número de pessoas carentes e o índice de desigualdade social são preocupantes, e onde as oportunidades são desiguais, a assistência social é necessária e justificável.

A par disso, lúcida a ressalva de Ivo Gico Teixeira Júnior, segundo a qual, em que pese a essencialidade da assistência social, não podemos transformá-la em uma droga que vicia o cidadão, tendo em vista que é o trabalho que realmente confere dignidade ao homem.

Pertinente tal ressalva, principalmente diante de declarações como a do Presidente da Associação dos Deficientes Físicos de Mato Grosso, Mário Lúcio de Jesus, em relação aos beneficiários deficientes do BPC, no sentido de que o deficiente fica receoso de adentrar no mercado de trabalho, ao surgir uma oportunidade, pois ele pode perder o benefício.

Preocupação nesse sentido, ainda, ficou estampada em coluna, publicada no Correio Brasiliense, do dia 09/11/2010, intitulada “Sem Porta de Saída”, tendo sido criticado que o problema não é entrar em programas de renda financiados pelo Estado, mas sim sair deles, pois o ideal é que as pessoas, com o passar do tempo, pudessem “caminhar com suas próprias pernas”, sendo que não é o que está acontecendo, tendo em vista a falta de investimentos em infra-estrutura e geração de empregos.

O foco da assistência social, portanto, deve ser o amparo aos necessitados, mas sempre visando integrá-los à sociedade e ao mercado de trabalho, motivo pelo qual a prestação de serviços assistenciais e a atuação do Estado nas áreas de educação e emprego deve ocorrer paralelamente à concessão de benefícios de renda, propiciando aos indivíduos a possibilidade de conquistarem sua independência financeira e moral do Estado.

2.3 Os objetivos, os princípios e as diretrizes da assistência social

Os objetivos da assistência social foram previstos na Carta de 1988, aclarando-se os desígnios dessa nova política:

Art. 203 A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Identifica-se a intenção de equalizar o acesso às oportunidades, bem como de enfrentar as condições de destituição de direitos, riscos sociais e pobreza, através da concessão de benefícios.

Interessante notar que o constituinte criou um benefício e estipulou seu valor no próprio texto constitucional, deixando sua regulamentação para a legislação infraconstitucional.

Os princípios da assistência social também constaram na legislação (LOAS) , sendo eles: supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade; igualdade de direitos no acesso ao atendimento; divulgação ampla dos benefícios, dos recursos e dos critérios.

Sua previsão é importante para a compreensão do espírito da assistência social e para garantir-lhe maior legitimidade.

O legislador estabeleceu, também, as diretrizes da assistência social, determinando os caminhos a serem observados pelos seus

responsáveis, sendo elas: a descentralização político-administrativa para os Estados, Distrito Federal e Municípios; a participação da população na formulação e controle das políticas públicas; e a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social.

A observância de tais diretrizes são necessárias para a condução eficiente de tal política e para o alcance dos resultados esperados.

2.4 Os responsáveis

O Estado é o principal responsável pela assistência social, a ser coordenada pela esfera federal e executada pelos Estados e Municípios.

As entidades privadas, representadas pelas entidades beneficentes, continuam exercendo uma grande contribuição nessa questão.

Além disso, o papel da família se destaca em relação às crianças, aos adolescentes e aos idosos, sendo a atenção doméstica considerada um espaço estratégico de proteção social e de cuidados.

A necessidade de atuação compartilhada se justifica em razão do alto custo a ser suportado pelo Estado para amenizar a miséria em nosso país .

Para que tal política tenha o êxito esperado, todos devem cooperar, até porque os recursos públicos são limitados, havendo outros direitos, igualmente indispensáveis, a demandarem elevados custos .

2.5 Os principais benefícios criados após a Constituição Federal de 1988.

Os benefícios assistenciais de maior relevo são o Benefício de Prestação Continuada – BPC e o Programa Bolsa Família – PBF, havendo uma clara distinção e complementaridade entre seus objetivos, nem sempre bem entendida pelo Poder Judiciário como se demonstrará adiante.

2.5.1 O Benefício de Prestação Continuada - BPC

O BPC foi criado pelo próprio constituinte, alcançando status constitucional, nos termos do inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988 .

O constituinte delegou ao legislador ordinário sua regulamentação, o que fora efetuado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei n. 8.742, de 1993).

Trata-se de uma transferência mensal de um salário mínimo, não condicionada a qualquer contrapartida, destinada a idosos ou deficientes cuja renda familiar per capita não ultrapasse $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Grandes debates ocorrem acerca de tal benefício, muitos deles travados no âmbito do Fórum Nacional da Previdência Social .

Contrariamente a sua concessão, argumenta-se que um benefício, concedido sem a necessidade de contribuição, gera um desestímulo à contribuição previdenciária, principalmente por parte de trabalhadores jovens e sem uma boa qualificação, que recebem salários próximos ao salário mínimo. Defende-se, também, que, “dada a pressão sob os gastos públicos, nenhum benefício não contributivo deveria ter o valor de um SM”, de modo que este público deveria ser atendido pelo Bolsa Família.

Por outro lado, argumenta-se favoravelmente à concessão de tal benefício às populações pobres, pois alinha o Brasil a outros países de maior nível de bem-estar, garantindo-se um patamar de proteção social aos segmentos vulneráveis.

Sustenta-se, ainda, que o BPC não substitui a política previdenciária, sendo que esta, diversamente, oferece cobertura a um conjunto amplo de riscos sociais, muitos deles operando durante a vida economicamente ativa dos trabalhadores.

Ademais, defende-se que as altas taxas de desfiliação previdenciária não são decorrência do BPC, mas sim das transformações do mundo de trabalho – em especial, a sua precarização e o desemprego.

Prega-se, ainda, que a natureza do BPC não se confunde com a função de complementação de renda do Bolsa Família. Ao contrário do BPC, o PBF não está associado à comprovação de limitação para participação no mercado de trabalho, mas apenas à ausência de uma renda mínima.

Na seara jurídica, a concessão do BPC, principalmente em relação ao critério de renda, estipulado pelo legislador, para efeito de concessão de referido benefício, é bastante controvertida, porém, trataremos desse assunto no próximo capítulo.

Outro dado relevante a ser trazido, diz respeito ao montante gasto pelo Estado com a concessão e manutenção de tal benefício.

No exercício de 2009, foram transferidos R\$ 8,7 bilhões a 1,6 milhões de pessoas portadoras de deficiência física e R\$ 8,2 bilhões a 1,5 milhão de idosos, totalizando, portanto, 16,9 bilhões com gastos a todos os beneficiários.

Pelo que se viu, referido benefício é bastante controvertido, evidenciando a necessidade de avaliação em relação a eventuais ajustes, porém, devemos reconhecer sua importância no amparo aos deficientes e aos idosos pobres, pessoas cuja fragilidade, baixa renda, e impossibilidade de trabalhar, têm sua situação de vulnerabilidade potencializada, justificando a sua assistência pelo Estado.

2.5.2 O Programa Bolsa Família - PBF

Um Programa assistencialista de destaque no Brasil é o Bolsa Família. Em 2003, o governo brasileiro estabeleceu como objetivo prioritário o enfrentamento da fome e da miséria, sendo que, dentre as medidas adotadas, a criação do PBF se destacou.

Embora tal auxílio de renda se integre à política assistencial, sendo operado por uma gestão própria e independente, sendo não contributivo e situado no âmbito da segurança de renda, e sua regulamentação não conflitando com os princípios constitucionais da Seguridade Social, não é reconhecido oficialmente como parte da Assistência Social, caracterizando-se mais como uma ajuda de governo do que como um direito.

Alguns autores , inclusive, sustentam que tal benefício não se identifica a um direito social, por não ter uma proteção institucionalmente garantida, não havendo na lei referência a garantia de acesso ao benefício ou a caracterização dele como direito , tanto que nem todas as pessoas pobres são atendidas, pois nem todos os Municípios aderiram ao Programa, não ocorrendo a identificação da população pobre e seus cadastramentos e monitoramentos em tais localidades.

Não podendo ser elevado ao patamar de direito social, sendo apenas uma ajuda do governo, dentro das ações de transferência de renda para reduzir a miséria no país, poderá o benefício, inclusive, ser extinto, não havendo lesão ao “princípio da proibição do retrocesso social” .

Quanto aos seus objetivos, enquanto o seguro social e o BPC visam evitar as situações de ausência de renda nos casos de impossibilidade do trabalho, o PBF visa fazer frente às situações em que a pobreza já está instalada, mas atende predominantemente a segmentos ativos.

Outro diferencial do PBF são as condicionalidades a que os beneficiários estão sujeitos relativamente às áreas da saúde, educação e assistência social, sob pena de indeferimento ou cancelamento do benefício.

O público alvo do PBF são famílias extremamente pobres, independentemente da composição familiar, de exercer ou não uma atividade remunerada, de habitar área urbana ou rural, dado o reconhecimento da

relevância e da legitimidade de garantir aporte de renda a todos aqueles que estejam abaixo de um patamar de renda considerado mínimo, sendo que a composição familiar influenciará apenas no valor do benefício.

Cabe referir, ainda, que o Bolsa Família tem caráter temporário, devendo perdurar somente enquanto a família não alcançar o patamar de renda mínima, não gerando direito adquirido, devendo a elegibilidade das famílias para recebimento do mesmo ser revista a cada dois anos .

Em 2009, o Bolsa Família beneficiou 12,37 milhões de famílias, com um benefício médio mensal de R\$ 94,92. Os recursos financeiros repassados por tal Programa para pagamento de benefícios totalizaram R\$ 11,8 bilhões em 2009.

Assim, em que pese o PBF não ser enquadrado como um direito social, faz parte da política assistencialista do Estado, sendo uma ajuda de governo importante para a redução da miséria e da desigualdade social no país.

2.6 O impacto causado na sociedade brasileira em razão da inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e em função das medidas adotadas pelo governo.

Não há dúvida de que a assistência social assumiu novos contornos com a sua inclusão na Constituição Federal de 1988 e com as medidas implementadas pelo governo, passando para uma nova fase.

O constituinte de 1988, preocupado com a miséria e com o alto índice de desigualdade social, reconheceu a assistência como um direito social.

Desde então, o Estado passou a assumir a responsabilidade por tal política pública e adotou medidas concretizadoras importantes, o que certamente contribuiu na melhora das condições financeiras das pessoas e

na redução da desigualdade econômica e social de nosso país, conforme o quadro demonstrativo abaixo:

Como demonstrado, em 1988, o nível de desigualdade de renda era bem elevado, sendo que, com a inclusão da assistência social no bojo da Constituição e com as medidas adotadas pelo Estado, o mesmo caiu consideravelmente, tendo-se promovido uma maior igualdade de recursos entre os cidadãos.

Porém, sem aqui explorarmos em detalhes todas as teorias acerca do que se compreende por bem-estar, seja ele uma questão de êxito na satisfação de preferências (políticas, impessoais e pessoais), seja a melhora em algum aspecto ou qualidade de sua vida consciente, ou, ainda, alguma concepção objetiva de bem-estar, conforme Ronald Dworkin, entendemos que a elevação efetiva de bem-estar individual e social somente ocorrerá, verdadeiramente, com o aumento do número de pessoas empregadas e realizadas profissional e pessoalmente, ao invés de serem sustentadas pelo governo. Ocorre que, não se observou muito êxito nesse sentido em nosso país, sendo que poucos destinatários de benefícios assistenciais conseguiram alcançar sua independência financeira.

Com efeito, em 2009, o número de famílias beneficiadas superou a quantidade de 12 milhões, sendo que, entre 2004 e 2008, somente 2,6 milhões de benefícios do Bolsa Família foram cancelados, seja por a família ter melhorado sua renda e ultrapassado o critério do programa, seja pelo não cumprimento das condicionalidades exigidas, devendo-se observar que para cada cancelamento uma nova família é incluída no Programa.

Nesse sentido, a assistência social deve reforçar sua atuação na promoção da integração dos indivíduos ao mercado de trabalho, priorizando a oferta de serviços sociais, com ênfase na capacitação profissional dos beneficiários, propiciando a eles condições de alcançarem autonomia, não se verificando grandes conquistas nesse sentido.

Assim, ao mesmo tempo que a assistência social reduziu a pobreza e a desigualdade social, tornou milhares de pessoas dependentes do Estado, o que, além de não promover a dignidade da pessoa humana, pode contribuir para o ócio de pessoas economicamente ativas, e, inclusive, para o aumento do número de crianças pobres, na medida em que quanto mais filhos, maior o valor de certos benefícios, devendo, assim, ser melhorada a atuação governamental nesse aspecto.

Concluindo o presente tópico, pode-se dizer que a inserção da assistência social na Constituição Federal de 1988 e as medidas adotadas pelo Estado representaram um avanço para o país, na medida em que retiraram da miséria grande parte da população, reduzindo a desigualdade econômica e social existentes.

Porém, o oferecimento de serviços de qualidade e de cursos de capacitação, acompanhados de políticas voltadas a melhoria do mercado de trabalho, devem ser priorizados, a fim de que as pessoas alcancem sua independência financeira, através do trabalho formal, promovendo-se, assim, o alcance da dignidade da pessoa humana, através da conquista de seu êxito e satisfação pessoais.

A assistência social é uma ferramenta importante no amparo aos necessitados, devendo ser um primeiro passo a alavancar o indivíduo para uma vida independente, permitindo seja ele alcançado por outras políticas públicas, culminando com a sua inserção no mercado de trabalho, subsistindo os benefícios de renda apenas àqueles cujas condições extremamente vulneráveis não lhes permita trabalhar.

3 A PRINCIPAL CONTROVERSIA JURÍDICA SOBRE O BPC.

A principal controvérsia jurídica sobre o BPC diz respeito ao critério de renda familiar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, estipulado pelo legislador no § 3 do art. 20 da Lei n. 8.742, de 1993.

Referido dispositivo legal já foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1232-1 DF), sob o argumento de que o mesmo restringe o direito garantido por norma constitucional (inciso V do art. 203), todavia, o Tribunal, à época, julgou-a improcedente, tendo sido, portanto, em razão do caráter ambivalente de tal ação, declarada a constitucionalidade de tal critério, com o reconhecimento de que a lei traz hipótese de prestação objetiva do Estado.

O relator da ação, Ministro Ilmar Galvão, votou pela adoção da técnica da interpretação conforme, no sentido de que o § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, de 1993, é constitucional, desde que o critério por ele definido não seja o único a atestar a miserabilidade no caso concreto, admitindo-se outros meios de prova, tendo, porém, sido vencido.

O que preponderou foi o entendimento adotado no julgamento do pedido cautelar pelo Ministro Maurício Correia, cuja decisão asseverou ser: “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo.”

Conforme o relator para o acórdão, Ministro Nelson Jobim, lembrou, foi indeferida a liminar, sob o fundamento de que: “o legislador, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”.

Desde o julgamento da ADI 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar procedentes as reclamações ajuizadas pelo INSS contra decisões proferidas em instâncias inferiores que, a par do critério legal

de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, concediam o benefício caso fosse comprovada a necessidade em razão das peculiaridades do caso concreto, ainda que a renda familiar ultrapassasse o limite legal.

Como exemplo, podemos mencionar o AgR. 2.303/RS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, tendo sido frisado que o Tribunal definiu que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

O Tribunal manteve tal entendimento mesmo nas reclamações ajuizadas contra decisões que, procedendo a uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, concediam o benefício assistencial com base em alterações legislativas posteriores referentes a outros benefícios, cujo critério de renda foi alargado, como se verifica na Rcl. nº 2.323/PR, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ. 20.05.2005.

Ultimamente, porém, algumas decisões monocráticas têm julgado improcedentes as Reclamações interpostas pelo INSS com o mesmo objeto.

Tais decisões utilizam diferentes fundamentos, seja aquele de que legislações posteriores, que criaram outros benefícios, ampliaram o critério de renda, devendo estender-se tal critério ao BPC, seja o de que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é ineficiente e rigoroso, deixando uma gama de beneficiários desamparados.

O Ministro Marco Aurélio sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para fiel cumprimento do art. 203, inciso V da Constituição (Rcl 4.164/RS).

Recentemente, a Ministra Carmem Lúcia, na Rcl nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006, negou seguimento à Reclamação interposta pelo INSS, tendo sido invocada a dignidade da pessoa humana, os princípios constantes do artigo 3 da Constituição, a garantia da jurisdição e o papel do Tribunal como guardião da Carta como fundamentos da decisão.

Referida questão está sendo analisada, novamente, no âmbito da Reclamação 4372 MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo a medida cautelar sido indeferida, sob a seguinte constatação:

Os inúmeros casos concretos têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode vir a se modificar, pois, se, em um primeiro momento, posicionou-se de forma contrária àquilo que vinha sendo decidido em outras instâncias, ao que parece, está ocorrendo uma ruptura com o sistema interpretativo até então adotado no âmbito da Corte.

Porém, a forma como deve atuar o Supremo diante das peculiaridades do caso, que será melhor explorada nos próximos tópicos, deve ser observada rigorosamente, a fim de reforçar a legitimidade do Tribunal face ao Estado Democrático de Direito.

4 A ATUAÇÃO ESPERADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FACE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Sem termos a pretensão de reacender a discussão entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição, até por que parece

estar consolidada a conveniência das jurisdições constitucionais , necessário estabelecermos os limites a serem observados pela Corte, em especial nos países que adotam um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro.

Conforme Paulo Gonet Branco , referindo-se a um artigo de Frank Michelman, que tratou de assunto por ele qualificado como tema precípua da teoria constitucional americana, verificou-se que a mesma sempre esteve assombrada e totalmente consumida pela busca de harmonia entre dois compromissos, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia, resumindo o problema na expressão “dificuldade contramajoritária”, de alcunha de Alexander Bickel, em razão do impasse de um órgão do Judiciário, não eletivo, anular uma deliberação adotada pelos representantes do povo.

Há uma grande preocupação quanto ao novo papel que o Poder Judiciário vem assumindo, com a superlativização de suas funções, sob o argumento do déficit de legitimidade democrática de referido Poder.

Essa nova face do Poder Judiciário, se deve, em grande parte, pela modificação do direito e pelo rompimento provocado pelo texto constitucional com o próprio modelo de Estado.

Conforme Lenio Streck o novo texto constitucional rompeu com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Neste momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da democracia no Estado Democrático de Direito.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior , tanto a divisão de poderes quanto a neutralização do Poder Judiciário sofreram grandes transformações em nosso século, especialmente nos últimos cinquenta anos.

Referido autor atribui essas alterações ao advento da sociedade tecnológica, movimento este que altera o sentido dos controles sociais, políticos e, conseqüentemente, dos controles jurídicos, bem como as preocupações, que não se voltam mais para o passado, mas, sim, para o futuro, alterando, ainda, as fórmulas de governo, cujos valores máximos são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução, bem como o comportamento do Tribunal, que passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento pautado naquilo que ele poderá fazer.

Afirma, então, ser este o contexto em que se há de entender o advento do estado do bem-estar social , tendo acarretado uma profunda alteração na neutralização inerente ao Poder Judiciário, pois “trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”.

Conforme enfatiza Tércio Sampaio :

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.

Com isso, ressalta o autor, a posição do juiz restou alterada, sendo ele co-responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.

Essas alterações, todavia, com a desneutralização política do juiz e a repolitização do Judiciário, são alvo de tensões e acirradas discussões acerca dos limites de atuação de referido Poder.

As preocupações existentes acerca da assunção pelo Judiciário desse seu novo papel não é analisada apenas sob a ótica da necessidade de observância da divisão de poderes, mas, também, sobre o dever de respeitarmos a escolha do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito.

Ocorre que a própria concepção de Estado Democrático de Direito se mostra ambígua, segundo Oscar Vilhena , se considerarmos a democracia apenas em seu significado procedimental, como governo da maioria, e o estado de direito em seu sentido substantivo, enquanto governo das leis, ressaltando que a conciliação entre essas duas concepções, que estão em constante tensão, é tarefa das democracias constitucionais contemporâneas, sendo que os tribunais constitucionais, em face do seu dever de zelar pela aplicação das normas constitucionais, são essenciais na concretização do ideal de estado democrático de direito.

O argumento de maior objeção à atuação da jurisdição constitucional, seja quando declara a nulidade das leis, seja no ato interpretativo, com a criação jurisprudencial do direito, é o seu déficit de legitimidade democrática.

Tal argumento, porém, é refutado por ampla doutrina, merecendo destaque a defesa da legitimação democrática do direito jurisprudencial efetuada por Mauro Cappelletti .

Referido autor sustenta que aquela utopia tipicamente ocidental de que os poderes “políticos” são capazes de alcançar o consenso dos governados, ou, pelo menos de sua maioria, foi dissipada.

Ademais, defende que o Poder Judiciário não é inteiramente privado de representatividade, sendo que tal argumento foi apresentado com vigor pelo Professor Robert Dahl, ao falar da Suprema Corte dos Estados Unidos, tendo demonstrado que “em média, um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses”, sendo que essa relativa rapidez da renovação dos membros da Corte permite aos demais poderes um controle da filosofia política da entidade, de maneira que “essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do país”.

Sustenta, ainda, Cappelletti que, ao contrário dos legisladores, os Tribunais Superiores são obrigados a explicar por escrito e diretamente ao público as razões de suas decisões, sujeitando-se a um grau de “exposição” e de controle pela coletividade, tornando-os, indiretamente, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos não submetidos a tal fiscalização.

Para o autor, ademais, os Tribunais contribuem muito com a representatividade geral do sistema, pois eles permitem o acesso ao judicial process, protegendo certos grupos que, pelo contrário, não têm acesso ao political process.

Cappelletti não discorda ser essencialmente democrático um governo no qual o povo tem o “sentido de participação”, porém, defende que tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores, cujos aparelhos burocráticos são inacessíveis, sendo que, pelo contrário, é característica da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, tendo elas o poder único de iniciar o processo jurisdicional, cuja participação é até a mais ampla de todos os processos da atividade política.

O supracitado autor reconhece a maior ligação do poder legislativo com a vontade do povo, porém destaca que a legitimação dos juízes é tão

concreta e fundamental quanto aquela, por ser radicada nas necessidades, ônus, e aspirações da sociedade .

Conclui, então, Cappelletti, não se poder reduzir a noção de democracia a uma simples idéia majoritária. Democracia também significa participação, tolerância e liberdade, podendo um judiciário independente, ativo, dinâmico e criativo contribuir com a democracia .

Aquele primeiro argumento de Capelleti a favor da legitimação do Poder Judiciário, qual seja, o de que devemos apagar aquela falsa idéia de que os poderes políticos, dentre eles o poder legislativo, representam, efetivamente, a vontade do povo, já era muito antes defendido por grandes economistas, como David Hume (1711-1776) e Adam Smith (1723-1790), com suas teorias sobre os interesses individuais e o bem comum, bem como Schumpeter (1883-1950), com sua tese acerca da democracia como um sistema de competição pelo poder.

David Hume, assumiu que todos os indivíduos agem motivados essencialmente pelos seus próprios interesses. Adam Smith, por sua vez, reconheceu que os indivíduos agem essencialmente, mas não exclusivamente, na prossecução de seus interesses egoístas. Para ele, uma ordem econômica eficiente será aquela que possibilite que esses interesses individuais se exerçam de forma a promover o bem comum.

Já Schumpeter, legou-nos uma análise da democracia enquanto processo competitivo, em que política nada mais é do que a competição entre os políticos pela aquisição e manutenção do poder, contrastando com a teoria clássica de democracia, em que os eleitos são representantes de uma vontade geral (linha de Rousseau).

O alcance da vontade geral, para Schumpeter, é inatingível, sendo que a seleção de pessoas é o que realmente conta, porque o interesse geral (o interesse público) é indefinível e o pressuposto de uma vontade do povo,

expressa por representantes, uma ilusão. Caem assim por terra as velhas formulações da ilustração do século XVIII que viram na democracia um método de gerar decisões políticas encaminhadas ao bem comum e tomadas pelo povo através dos seus representantes.

Alguém poderia objetar a aplicação daqueles outros preceitos legitimadores da atividade judiciária, citados por Capelleti, em especial aquele segundo o qual “a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte”, em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade, em razão da objetividade característica do modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

Tal tese, todavia, restou enfraquecida, pelo menos em relação ao modelo brasileiro, pois, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de 1988 deu ênfase ao modelo concentrado de constitucionalidade, sendo que a ampla legitimação para propositura de tal ação faz com que demandas tipicamente individuais sejam levadas ao Supremo, sendo o processo abstrato de normas, a um só tempo, “instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de proposições subjetivas”.

Assim, o aumento do número de legitimados a ingressar com a ADI, possibilitando a representatividade de toda a sociedade, litiga em favor do Supremo contra os argumentos de déficit de legitimidade democrática.

Ademais, acreditamos, também, que a realização de audiências públicas no âmbito da Corte, bem como a admissão da figura do *amicus curiae*, para aquelas questões em que hajam fatos controversos, auxiliará o Tribunal na sua aproximação com a sociedade, na linha de Peter Häberle, para quem a interpretação da Constituição deve ser aberta e pluralista, sendo indispensável, no entanto, a utilização pelos Ministros dos dados obtidos através de tais instrumentos, sob pena dessas ferramentas legitimadoras terem sua função esvaziada.

Com efeito, através da utilização dos argumentos trazidos por técnicos, economistas, antropólogos, sociólogos, médicos, etc., o Tribunal disporá de elementos concretos para decidir, sendo que, através do cotejo de diversos pontos de vista e de dados técnicos, amplia sua compreensão sobre determinado assunto e pode julgar com mais aproximação da realidade, reforçando sua legitimidade.

O Tribunal, ao deixar de julgar de acordo com a realidade naquelas questões fáticas e não eminentemente jurídicas, sem a utilização de métodos empíricos e falsificáveis, ou seja, sem superar aquela debilidade denominada por Capelletti de “incompetência institucional” da magistratura, operando como “um legislador aleijado” na definição de Lord Devlin, não estará respeitando o Estado Democrático de Direito.

Deve-se ressaltar, que, além dos parâmetros legitimadores acima tratados, há outros elementos a serem considerados, sendo um deles a observância de limites da discricionariedade judicial, não sendo ela livre, conforme Eros Roberto Grau , para quem o juiz não pode produzir normas livremente, estando vinculado ao texto normativo, mesmo quando o mesmo seja aberto para permitir que o direito permaneça vinculado à realidade, pois o rompimento do intérprete autêntico com o texto resultará em sua subversão.

Certas balizas devem ser respeitadas, ainda, em relação ao controle judicial da discricionariedade política.

De acordo com Eduardo Appio , os atos essencialmente políticos de responsabilidade do Poder Executivo, para os quais o constituinte de 1988 outorgou uma larga margem de liberdade na escolha de políticas públicas e sociais a serem implementadas, constituem um limite intransponível ao Poder Judiciário, sendo sua intervenção positiva somente compatível com suas funções nos casos em que o constituinte já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica, não podendo, todavia, implementar

políticas públicas a partir de deveres genéricos do Poder Executivo previstos na Constituição, pois não se teria um parâmetro razoável de atuação.

Assim, por mais que se reconheça a necessidade de aproximação do Poder Judiciário com as partes e com o caso concreto, a fim de julgar de acordo com os anseios da sociedade e com os valores predominantes da época, deve-se levar em conta, também, o limite a que o texto da norma impõe à atividade interpretativa dos juízes, a fim de se impedir a subversão da lei.

Ademais, impedido está o Poder Judiciário de se fazer substituir pelo legislador e pelo Poder Executivo na definição da política pública a ser implementada, em face de um dever genérico previsto na Constituição Federal.

Outra questão que não pode ser ignorada pelos magistrados é a limitação dos recursos orçamentários disponíveis.

Ainda que se empregue à interpretação constitucional atual aquele conceito de construção, ainda que se reconheça a essencialidade dos direitos fundamentais, não podemos viver na ilusão de que a capacidade material do Estado é ilimitada, ou seja, não podemos imaginar que o Estado tudo pode prover, sendo esta uma visão ingênua e dissociada da realidade, sendo notórios os casos do cotidiano que demonstram o contrário, como, por exemplo, a limitação do número de leitos em hospitais públicos e até privados, e a insuficiência dos recursos orçamentários em si, seja pela destinação prévia a eles atribuída por lei a outras necessidades indispensáveis, seja pelo valor mesmo dos recursos, cuja fonte é limitada.

Conforme Stephen Holmes e Cass R. Sustein todos os direitos, inclusive a liberdade dos cidadãos, direito considerado de cunho “negativo”, naquele sentido de que o Estado deve adotar uma postura abstencionista a

fim de não agredi-lo, devem ser amparados, gerando um custo a ser suportado por todos os cidadãos, por meio da tributação.

Assim, a liberdade do cidadão, para ser protegida pelo Estado contra seus próprios agentes e contra terceiros da área privada, acarreta um custo, na medida em que demandará do ente público um quadro de pessoal remunerado e preparado para a defesa de tal direito, bem como instituições oficiais estruturadas devidamente, sendo que tudo isso envolve grandes despesas.

Da mesma forma, para que seja proporcionada a garantia do devido processo legal ao indivíduo, necessário que se tenha um Judiciário bem equipado, dotado de estrutura e de pessoal capacitado, sendo, do mesmo modo, muito dispendiosa referida despesa.

Portanto, por mais que os ditos chamados direitos “positivos” demandem uma atuação pró-ativa, uma postura concretizadora, por parte do Estado, bem como, por mais que se constate que as necessidades da sociedade são imensas, principalmente naqueles países de “modernidade atrasada” como o nosso, conforme frisado por Lenio Streck, há que se levar em conta a escassez dos recursos existentes, recursos esses voltados à garantia de vários outros direitos igualmente indispensáveis, sejam eles de feição negativa ou de cunho positivo, de modo que, nesse sentido, todos os direitos devem ser considerados “positivos”.

Reconhecida a legitimidade da jurisdição constitucional em linhas gerais, bem como estabelecidos alguns critérios de sua atuação a serem observados, passaremos, no próximo item, a analisar a forma de atuação esperada do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso analisado, ou seja, quando do reexame da adequação dos critérios legais de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC.

5 OS PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS PELO SUPREMO NO REEXAME DOS CRITÉRIOS LEGAIS DE CONCESSÃO DO BPC.

Pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, anteriormente referidas, se verifica que, apesar do resultado da ADI 1232-1/DF, que decidiu pela constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, está havendo uma discussão no âmbito do Tribunal quanto à eficiência de tal dispositivo, podendo haver uma modificação jurisprudencial no entendimento até então adotado.

Ocorre que a forma como tal alteração vem sendo conduzida enseja alguns questionamentos em relação ao comportamento da jurisdição constitucional, cujos parâmetros a serem seguidos, em razão da peculiaridade do caso, serão adiante tratados.

5.1 Julgamento com base em dados objetivos e nas conseqüências sociais da decisão.

Em relação àquelas decisões que entendem ser o critério legal de renda de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo ineficiente não se identificam quais os dados utilizados para se chegar a tal constatação.

Tais decisões apontam para a ineficiência do requisito legal e, com base em tal constatação, alcançada sem nenhum critério, ou com base em dados empíricos, julgam improcedentes as reclamações do INSS ajuizadas em face de decisões que ignoram tal requisito.

Entendemos que, principalmente quando se pretende afastar um critério legal estipulado pelo legislador por delegação constitucional, o Tribunal detém uma responsabilidade maior em fundamentar sua decisão, devendo, ainda, fundamentá-la com base em critérios palpáveis e factíveis, como, por exemplo, aqueles utilizados no primeiro tópico do presente estudo, ainda mais quando o objeto da discussão consiste na averiguação da eficiência de determinada política pública.

Para alcançar tal resultado, seria salutar, pelo menos, o ingresso do *amicus curiae* nesses casos, possibilitando a juntada aos autos de dados técnicos e orçamentários importantes para embasar o julgamento final.

As decisões do Supremo devem, pois, centrar-se na adequação da opção efetuada previamente pelo legislador em relação à norma genérica prevista na Constituição, sendo que, ao controlar a efetividade da medida eleita pelo legislador, devem utilizar-se de análises empíricas e estudos técnicos, podendo se chegar a conclusões diversas das atuais.

Com efeito, analisando-se os dados e conclusões apresentados no primeiro tópico de tal artigo, não se pode afirmar que referida política pública é ineficiente, em face dos resultados alcançados até o momento.

Da mesma forma o Supremo deve avaliar as conseqüências de suas decisões, por atingirem diretamente a sociedade, podendo estar prejudicando a própria família do beneficiário, bem como a sociedade como um todo, na medida em que contribui para o aumento de cidadãos moral e financeiramente dependentes do Estado, quando se sabe que não está havendo uma preocupação na implementação de políticas que permitam tais cidadãos a obterem um emprego e alcançarem por si próprios sua independência, a fim de usufruírem da verdadeira dignidade da pessoa humana.

Luis Roberto Barroso, em conformidade com a idéia supramencionada, observa que:

A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum.

Também não se verifica nos votos dos Ministros acima citados essa preocupação com os efeitos sociais de suas decisões relacionadas ao BPC, não se adentrando na questão de que a concessão desmesurada de benefícios dessa natureza desestimula, em alguns casos, os membros da família a não adentrarem no mercado de trabalho, podendo tal questão ser sanada, por exemplo, através da realização de uma audiência pública, quando, então, por exemplo, as Associações dos Deficientes Físicos existentes, poderiam manifestar-se a tal respeito.

5.2 Impossibilidade de se julgar somente com base em princípios.

Fica a legitimidade da Corte ainda mais fragilizada quando, em um caso como o presente, se decide com base apenas em princípios e objetivos da Constituição.

Por mais que se pretenda atribuir à Constituição uma ordem de valores, a abstração de julgamentos, baseados meramente em princípios genéricos, não se coaduna com a necessária verificação de eficiência de determinada política pública.

Nesse aspecto vale destacar o alerta de Eros Roberto Grau acerca da banalização do uso dos princípios, em que tudo passa a ser “principalizado”, pairando uma imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ser considerado como princípios de direito.

Conforme visto previamente, há decisões sobre o caso em estudo que se embasam apenas em princípios, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando uma grande insegurança jurídica, uma vez que, à luz de referido princípio, pode-se decidir a mesma causa de forma diversa, ou seja, pode-se chegar a conclusão de que o benefício assistencial não deve ser concedido a determinada pessoa pois isso lhe desestimularia a trabalhar, sendo que o trabalho remunerado é o que proporciona verdadeiramente a dignidade da pessoa humana.

Nada impede que se utilizem os princípios como fundamento das decisões, porém, especialmente em casos de confrontação de políticas públicas, deve-se ter o cuidado e o esforço de não serem utilizados isoladamente, como único recurso de argumentação.

5.3 Decisões que analisam a adequação de dispositivos legais legislados em virtude de delegação do constituinte.

No caso do BPC repousa, ainda, outro fator de limitação ao Poder Judiciário, qual seja, o fato de que o próprio poder constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação de tal direito, devendo-se observar as decorrências dessa conduta.

Em primeiro lugar, se o constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação de determinado direito é por que o mesmo não é auto-executável, assim, o legislador, ao regulamentar a norma constitucional, torna o direito passível de ser usufruído, conforme os critérios por ele escolhidos em face das necessidades e possibilidades existentes, que devem ser analisadas e sopesadas pelo Poder Judiciário.

Assim, o Supremo, ao analisar os critérios legais escolhidos pelo legislador, deverá fazê-lo confrontando-os com as normas constitucionais regulamentadas e, constatando que o legislador não as observou em face à realidade atual, deve utilizar a forma adequada de correção, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade, não podendo substituir-se pelo legislador e estipular os critérios que entende cabíveis, sem nem adentrar na questão da constitucionalidade da lei, pois, assim, estaria legislando positivamente e, conseqüentemente, afrontando a vontade do constituinte de que aquele direito fosse regulamentado pelo Poder Legislativo, mediante lei elaborada de acordo com o processo legislativo previsto constitucionalmente.

Em assim procedendo, ou seja, se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, para que o direito não deixe de ser

usufruído, por falta de regulamentação, caberá ao legislador, o mais rapidamente possível, rever os critérios legislados, servindo a atuação do Tribunal como um elemento de pressão.

A título de informação, cabe destacar que está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 924/07 que aumenta para um salário mínimo per capita a renda familiar exigida para a concessão do BPC. Referido projeto está apensado ao PL 3967/97 e a outras 55 proposições sobre o mesmo tema, que serão analisados pelas comissões de Seguridade Social e Família; de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania, em caráter conclusivo .

Eduardo Appio , ao discorrer sobre as normas constitucionais que se sujeitam a uma intervenção obrigatória do legislador, sustenta que:

Nestas hipóteses, nas quais o Poder Legislativo regula direitos genéricos previstos na Constituição, o Poder Judiciário não pode, como regra, substituir as escolhas a serem feitas pelo Legislativo ou pelo Executivo, no tocante aos meios através dos quais se alcançarão os fins preconizados pelo constituinte de 1988, ou seja, não pode ditar as políticas públicas, mas, tão-somente, controlar sua implementação.

Assim, as decisões anteriormente mencionadas que afastam simplesmente o critério de renda, estipulado pelo legislador, para efeito de concessão do BPC, sem analisar a constitucionalidade do dispositivo legal, não nos parece estarem adequadamente alinhadas com o papel da jurisdição constitucional, contrariando, ainda, o Estado Democrático de Direito.

5.4 A análise da inconstitucionalidade superveniente.

Conforme já mencionado, algumas decisões monocráticas no Supremo, ignorando decisão prévia do Tribunal que reconheceu a constitucionalidade de um determinado dispositivo legal, por via transversa, afastam a aplicação de tal dispositivo, sem submeter novamente a questão da sua constitucionalidade à análise da Corte, sendo complacentes com

decisões de magistrados de outras instâncias que concedem o BPC analisando o caso concreto, independentemente da observância do limite de renda familiar estipulado pelo legislador.

Com efeito, decisões proferidas por alguns Ministros não estão adentrando na questão da (in)constitucionalidade do dispositivo legal que fixou a renda familiar em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, sendo essa a única intervenção possível da Corte na hipótese de um dispositivo legal editado pelo legislador por delegação do poder constituinte, conforme acima observado.

Uma exceção a ser destacada é a decisão da medida cautelar na Reclamação 4374 MC/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde ressaltou-se que: “Toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93”.

A questão da (in)constitucionalidade do dispositivo em tela, como se viu, foi resgatada na ação supracitada, de modo que, eventualmente, quando do julgamento do mérito, tal questão poderá ser reexaminada em sede de Reclamação, quando se discutirá a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente.

Infelizmente, porém, essa não tem sido a regra.

Nenhum problema existe em relação ao Tribunal rever questão por ele já declarada constitucional, desde que presentes certas circunstâncias que demonstrem a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes :

declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso

de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Caso o Supremo afaste o entendimento até então adotado no julgamento da ADI 1232-1, ao analisar novamente a constitucionalidade do §3 do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1990, estaremos diante de um daqueles casos de “ativismo judicial”, apresentados por Bradley C. Canon , quando há uma ruptura com a estabilidade interpretativa, ou seja, um rompimento com a jurisprudência até então assentada no âmbito do Tribunal.

Referido tipo de “ativismo judicial” não deve ser considerado ruim, afinal, o Supremo Tribunal Federal pode e até deve rever suas posições, sendo isso até mesmo necessário em certos casos, dada a ocorrência de inconstitucionalidade superveniente.

Não fosse assim, até hoje perduraria, por exemplo, a segregação racial nos Estados Unidos .

Assim, discordamos daquelas decisões que julgam os casos sem se aterem para o julgamento anterior proferido pelo Supremo, em que ficara reconhecida a constitucionalidade do dispositivo legal em questão e, ainda, sem a provocação da discussão da (in)constitucionalidade do requisito legal.

Talvez, em face do atual estágio social alcançado pelas políticas públicas de assistência social adotadas amplamente nos últimos tempos, se evite em provocar tal discussão em face da dificuldade em se demonstrar a superveniência de inconstitucionalidade em relação ao caso, quando seria necessário comprovar-se a alteração das circunstâncias fáticas ou de relevantes concepções jurídicas dominantes.

Com efeito, de acordo com as conclusões do primeiro tópico do presente artigo, a inclusão da assistência social na Constituição Federal de 1988 e as medidas adotadas pelo Estado, desde então, causaram um

impacto positivo na sociedade brasileira, reduzindo significativamente a desigualdade de renda no país.

Assim, não se pode afirmar que o Estado vem se omitindo em relação à área social, sendo sua atuação positiva e efetiva em tal setor, conforme antes demonstrando, merecendo, apenas, alguns reparos em relação ao foco de sua atuação.

Diante do que fora demonstrado no começo do presente estudo, dificilmente ficaria demonstrada a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo legal em questão face as alterações fáticas havidas, uma vez que as mesmas restaram modificadas para melhor, após o julgamento da ADI 1232-01/DF que reconheceu a constitucionalidade do § 3 do artigo 20 da Lei n. 8.742, de 1993.

Poderia se argumentar no sentido de que as legislações posteriores que criaram outros benefícios assistenciais, ao ampliarem o critério de renda para efeito de reconhecimento do estado de miserabilidade do indivíduo, causaram uma relevante modificação nas concepções jurídicas dominantes a ensejar a discussão de inconstitucionalidade superveniente do supracitado dispositivo legal.

Tal tese, entretanto, demonstrar-se-ia inadequada, uma vez que tais legislações, a par de terem criado outros benefícios assistenciais e definido um critério de renda mais elástico que aquele definido para o BPC, não podem ser usadas como parâmetro, por tratarem de coisas distintas.

Conforme demonstrado no início do presente artigo, o BPC e o Bolsa Família, por exemplo, guardam uma relação completamente distinta quanto a seus beneficiários, objetivos e valores, não se podendo aplicar os mesmos critérios de concessão para ambos, sob pena de subversão da lei e de se causar um grave prejuízo ao erário público.

Tal equívoco, infelizmente, tem sido cometido pela Corte, em alguns casos, como se verificou acima.

Assim, entendemos que a única forma de o Supremo rever a questão da constitucionalidade do critério de renda estipulado pelo legislador para a concessão do BPC seria através da demonstração de inconstitucionalidade superveniente, o que, porém, em face das circunstâncias fáticas atuais e da imutabilidade das concepções jurídicas existentes, não se sustenta.

CONCLUSÃO

A assistência social assumiu um lugar de destaque ao ser inserida na Constituição Federal de 1988, gerando tal medida uma maior responsabilização por parte do Estado na implementação de tal política pública.

A partir de então importantes medidas foram adotadas na busca pelo amparo aos necessitados, colaborando, ainda, com a redução da desigualdade de renda no país.

Ocorre que, para a efetiva concessão da dignidade da pessoa humana aos cidadãos brasileiros, necessário que se intensifiquem as ações voltadas à inserção das pessoas no mercado de trabalho, a fim de que as mesmas conquistem sua independência financeira.

O Poder Judiciário e, em especial o Supremo Tribunal Federal, deve ater-se às conseqüências de suas decisões e julgar com base na realidade social em que vivemos, ao analisar ações que envolvam benefícios assistenciais, principalmente o Benefício de Prestação Continuada, em razão de seu alto valor, pois pode estar contribuindo para que, cada vez mais, os cidadãos sejam dependentes do Estado.

Ademais, tendo em vista o constante questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário no tocante à reforma da legislação por ele promovida, que se reforça quando seu objeto são políticas públicas, a Corte deve buscar a utilização de instrumentos que reforçam sua legitimidade, seja julgando o mais próximo possível da realidade, seja realizando, quando for o caso, audiências públicas e permitindo o ingresso na ação do *amicus curiae*, devendo, ainda, observar os limites a que está sujeito.

A par da essencialidade de políticas assistenciais no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, não pode ignorar certas limitações, algumas delas, inclusive, de ordem constitucional, como a opção por um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao julgamento das ações que envolvem o Benefício de Prestação Continuada, cujos critérios foram estipulados pelo legislador, por delegação do poder constituinte, o Supremo deve adotar uma postura cautelosa, pois o espaço de sua atuação é ainda mais limitado, em face das circunstâncias do caso, sendo que, nem sempre, como se viu, tais peculiaridades são consideradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, André Azevedo e MOREIRA, José Manuel. O que é a Escolha Pública? Para uma análise econômica da política. Principia, 2004.

APPIO, Eduardo. Discricionariedade Política do Poder Judiciário. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação Constitucional. 7 edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

- O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 5 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRADLEY C. Canon - "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, 66.6, 1983.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 70.

FABRI, Andréa Queiroz. *Responsabilidade do estado: plano econômicos e iniciativa privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: <http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>, acessado em 05/08/2010.

GICO, Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*, Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>, Acessado em: 11/10/2010.

- Liberdade no Mundo Moderno e o Estado Meio. Disponível em: <http://209.85.165.104/search?q=cache:m0AQ3EYzfygJ:www.idp.org.br/download.php%3Farquivo%3Dw6r3uecvjin5.doc+%22ivo+gico%22+%22assist%C3%A2ncia+social%22&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em 26/09/2007.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Malheiros Editores. São Paulo: 2006.

HOLMES, Stephen and Cass R. Sunstein (1999) The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton & Company: New York, NY.

JACCOUD, Luciana, HADJAB, Patrícia Dario El-Moor, CHAIBUB, Juliana Rochet. Assistência Social e Segurança Alimentar: Entre Novas Trajetórias, Velhas Agendas e Recentes Desafios (1998-2008) Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume01/07_capt04.pdf. Acessado em: 05/12/2010.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? in: Jurisdição constitucional, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAVINAS, L. Inclusão e progressividade: os desafios da Seguridade Social brasileira. In: TONELLI VAZ, F.; MUSSE, J.; SANTOS, R.F. (Org.). 20 anos de Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2008.

MALFATTI, Elena. et al., Giustizia costituzionale, Torino: Giappichelli Editore, 2007.

MEIRELLE, HELY LOPES. Mandado de Segurança. 31 edição. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. O controle Incidental ou concreto de Normas no Direito Brasileiro. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Härbele na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em <
http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf > Acesso em 17.04.2009.

RAGONE, Miguel. Políticas Públicas de Inclusão pelo Consumo: Uma análise dos custos e de sua justificativa. In: GICO Jr., Ivo Teixeira e BORGES, Antônio de Moura (coord.). Intervenção do Estado no Domínio Econômico – Temas Atuais. São Paulo: Lex e Aduaneiras, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões. Rio de Janeiro: 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VALE, André do. Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional, disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>, acesso em 04.12.2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte? In: <http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>, acessado em 05/08/2010.

VITAL Moreira. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, in: Tribunal Constitucional, Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. A REGRA DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU VIRAGEM DE ENTENDIMENTO?

Sidraque David Monteiro Anacleto

Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).
Procurador Legislativo da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

DOI 10.11117/9788565604000.04

RESUMO: O artigo examina a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal diante da dupla função desempenhada: Corte Constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Em especial, diante do tema relativo ao cumprimento integral da pena nos crimes hediondos. O Supremo Tribunal Federal produziu uma mutação constitucional ou uma viragem de entendimento, desta forma, como entender os efeitos e eficácia da decisão proferida.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Eficácia das decisões. Modelos e sistemas de controle de constitucionalidade. Mutação Constitucional. Viragem de entendimento.

ABSTRACT: The article examines the effectiveness of decisions by the Supreme Court before the double function performed: the Constitutional Court and top organ of the Brazilian Judiciary. In particular, concerning the issue before the full implementation of the penalty in felony status crime. The Supreme Court has produced a constitutional mutation or a turning

intendment of law, so as to understand the effects and effectiveness of en banc decision.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction. Effectiveness of decisions. Models and systems of judicial review. Constitutional mutation. Turning intendment of law.

INTRODUÇÃO

O artigo tem a pretensão de tangenciar a correlação entre eficácia das decisões da Corte Constitucional brasileira e a mutação constitucional tendo como pano de fundo a decisão proferida sobre o tema da vedação de progressão de pena nos crimes hediondos.

O assunto merece destaque, pois as decisões do Supremo Tribunal Federal ganham relevo a cada dia na realidade social brasileira, na medida em que a Corte enfrenta temas mais próximos ao cidadão comum. Com isso a análise e o acompanhamento dos julgados transbordam as margens estritamente jurídicas e se espriam para a sociedade civil.

Num desses julgamentos relevantes examinou-se a vedação legal⁵² da progressão de regime no cumprimento da pena nos crimes hediondos à luz dos preceitos constitucionais. O Plenário do Tribunal apreciou a controvérsia em quatro oportunidades, em três delas considerou a restrição legal compatível com a Constituição Federal, entretanto, na última assentada reputou a limitação legal como inconstitucional.

Essa mudança de entendimento da mais alta Corte do País, numa matéria de forte repercussão social como o regime de cumprimento de

⁵² O artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

pena nos crimes hediondo, chama a atenção para o fenômeno da criação do direito pela Jurisdição Constitucional, mas também suscita dúvidas quanto aos limites dessa fonte primária.

A evolução de entendimento e o aprimoramento das normas jurídicas diante das modificações sociais é um anseio de justiça e pacificação social na medida em que as normas que regem a sociedade refletem sua evolução no decorrer do tempo. Porém, tais modificações de entendimento necessitam de balizamentos fundados em critérios objetivos e previamente delimitados, uma vez que as decisões judiciais, especialmente das Cortes Supremas, assim, como as leis em sentido formal, disciplinam condutas e induzem comportamentos.

A higidez de um texto constitucional e a consequente eficácia das decisões proferidas pela Corte Constitucional decorre do cumprimento de regras procedimentais para a interpretação da Constituição. Por isso não se pode prescindir de mecanismos que preservem a segurança jurídica e ressaltem a publicidade do texto normativo vigente.

A Jurisdição constitucional em sua atuação prática produz normas jurídicas, que por esse aspecto suscitam vários questionamentos como: a Jurisdição constitucional é limitada pelo que, ou por quem? Que processos de controle reforçam seu papel pujante e decotam os excessos? Quando a Corte não observa seus limites, o que ela produz?

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na ampliação do papel da Jurisdição Constitucional na ordem jurídica brasileira. Ao STF foi deferida a competência de guardar a Constituição⁵³, expressão

⁵³ Art. 102, *caput* da Constituição Federal.

inexistente na Carta anterior⁵⁴, o que, elevaria o tribunal, segundo alguns⁵⁵, à categoria de Corte Constitucional. Embora semelhante, é preferível afirmar que a Corte brasileira não se identifica com qualquer outra no mundo em razão de seu extenso rol de competências originais e recursais, nem por isso poderia ser entendida como inferior à suas congêneres, mas em categoria especial.

Em mais de vinte anos de vigência da Carta Política atual, o Supremo Tribunal produziu importantes decisões que trouxeram conformações ao sistema jurídico pátrio e definiram a norma constitucional vigente na sociedade brasileira do século XXI.

A competência precípua do STF de guardar a Constituição Federal se materializa ao processar e julgar os diversos processos que lhe são distribuídos⁵⁶, pois em todos eles, a Corte identifica as normas jurídicas vigentes antes de apreciar o mérito⁵⁷. Mas que Constituição é essa protegida

⁵⁴ Art. 114 da Constituição de 1967.

⁵⁵ Sobre essa denominação, ver Velloso (1997, p. 91-123).

⁵⁶ A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, e por último, o recurso extraordinário nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou ainda julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

⁵⁷ No julgamento do Mandado de Segurança n. 24.297/DF, o Tribunal afastou a vigência da Lei Federal n. 7.106/83, que tratava do processo de impeachment de Governador do Distrito Federal sem declarar sua inconstitucionalidade, pois a Corte adota a doutrina da revogação das normas anteriores incompatíveis com a nova Constituição Federal.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PROCESSAMENTO DE DENÚNCIA CONTRA O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA CÂMARA LEGISLATIVA. 1. Incompetência do Senado para julgar o Governador do Distrito Federal pela prática de crime de responsabilidade. Competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal (artigo 78 da Lei 1079/50 c/c o artigo 32, § 1, da CF). 2. Lei federal 7106/83 não recebida pela Carta de 1988. Compatibilidade da Lei 1079/50 com a estrutura jurídico-constitucional do DF introduzida pelo novo Pacto Político. 3. Remessa dos autos à Vara Criminal do Paranoá-DF: impossibilidade. "É permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembléia Legislativa, por crime de responsabilidade" (Lei 1079/50, artigo 75). Segurança denegada. (MS 24297, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2002, DJ 14-02-2003 PP-00059 EMENT VOL-02098-01 PP-00183).

pelo STF, o texto promulgado em 1988, o revisado em 1994 ou o emendado em mais de meia centena de vezes?

Não se pode olvidar inicialmente que a Constituição vigente não se assemelha nem com o texto promulgado, nem com o revisado em 1994 ou o emendado por mais de meia centena de propostas. Porque nenhum texto constitucional ⁵⁸, por mais bem elaborado é capaz de permanecer hígido ao longo dos anos sem a atuação renovadora de uma Corte Constitucional pujante e independente.

Segundo Häberle,

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados". (Häberle, *Zeit und Verfassung*, cit., p. 295-296) *apud* Gilmar Mendes

Nesse contexto, diante da regra do art. 1º da Carta Política atual que, expressa o princípio da separação de Poderes, e posiciona o Brasil no "moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*" é preciso admitir a criação judicial do Direito. "Não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a

⁵⁸ Precisa a lição de Josaphat Marinho (1989, p. 21) de que: "Contemporânea de sua época, apesar das imperfeições, como assinalado, a Constituição há de ser também adequada e eficaz, no seu conjunto. O que é portador de atualidade traz em si, de regra, o atributo de ser apropriado e válido. No que for deficiente ou excessivo, o impulso da vida e a inteligência do homem propiciarão as correções necessárias".

realização dos direitos fundamentais”, se constrói o direito na sociedade brasileira, em consonância com “às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição” (Mendes, 2007, p. 90).

A compreensão da Jurisdição Constitucional como fonte primária do direito implica em examinar a atuação do STF como Corte Constitucional sem apreciar seu papel específico dentro de cada sistema de controle de constitucionalidade. É relevante destacar que o tribunal, em sua atuação prática, no controle de constitucionalidade, vem exercendo a função de produzir e atualizar o texto constitucional sem que ocorra a modificação de redação de dispositivos mas, a alteração do teor semântico.

Esse fenômeno foi identificado pela doutrina alemã como mutação constitucional em que ocorre a modificação de sentido, significado e alcance de um preceito constitucional sem alteração de sua redação, sem a instauração de um processo formal de transformação – emenda ou revisão constitucional (art. 60 da Constituição Federal)⁵⁹, mas que resulta na atribuição de novos conteúdos à redação das normas constitucionais, quer através da interpretação, quer por intermédio da construção ou dos usos e costumes constitucionais⁶⁰.

A atuação da Corte nesse diapasão produziu e produz normas constitucionais que orientam a conformação do ordenamento jurídico pátrio pelos demais atores, juízes, promotores, advogados, além da própria administração pública. Nesse processo criativo a Jurisdição Constitucional também está sujeita a controle, seja endógeno, seja exógeno.

⁵⁹ SALDAN, Eliane. *Os limites da Mutação Constitucional*. Artigo apresentado no Curso de Mestrado 2010 – “Constituição e Sociedade” - IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público – disciplina Jurisdição Constitucional, 2010, ainda não publicado.

⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 195 e 196.

Diante desse relevante papel, alguns sustentam a tese de que a Jurisdição Constitucional está acima dos demais Poderes do Estado ⁶¹, no entanto, entendemos que ela constitui em destacado instrumento de consolidação do regime democrático de direito, uma vez que, em momentos de crise revolucionárias a Corte e sua jurisprudência também são atropeladas pelos fatores reais de poder. Como decorrência lógica dessa premissa, assim como os demais poderes do Estado, também a Corte necessita do funcionamento normal das instituições para conferir efetividade às suas decisões.

3 A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF E OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A eficácia⁶² da decisão proferida pelo STF, em controle de constitucionalidade, independe da via utilizada para carrear a controvérsia à Corte. Com razão Lúcio Bittencourt⁶³ (1997, p. 144) e Castro Nunes⁶⁴ ao defenderem a obrigatoriedade da decisão que decreta a inconstitucionalidade por via de defesa e não apenas na via direta.

“O direito do indivíduo, no caso, é apenas móvel para que o órgão judicial erga a estrutura das instituições e de seus princípios essenciais acima do campo restrito dos interesses privados”, como assinalado por Josaphat Marinho (1989, p. 177), ou ainda, para Gilmar Mendes (ob. cit., p.

⁶¹ Segundo Cappelletti – as Cortes Constitucionais estão fora e acima dos demais poderes do Estado. Porque em momentos revolucionários ou de mudanças abruptas do ordenamento jurídico, a Corte se conforma com o novo modelo vigente, nesse sentido – acórdão do STF que se recusou a examinar a constitucionalidade dos Atos Institucionais produzidos pelo movimento militar de 1964.

⁶² A produção dos efeitos com validade jurídica (SILVA, 2001, p. 296).

⁶³ Nas palavras do Autor: “Quando a decisão fôr do mais alto tribunal, sua obrigatoriedade é conclusiva em relação a todos os outros juizes e tribunais do país, de qualquer grau, sejam federais ou estaduais”, p. 144.

⁶⁴ NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 592 *apud* Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191.

1014), exposto na doutrina de Klaus Schlaich, “o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas”.

A decisão proferida em sede do controle de constitucionalidade não permanece atrelada ao instrumento processual que carrou a controvérsia da inconstitucionalidade e possibilitou o exame da tese pela Corte, quer pela via subjetiva quer pela objetiva.

Esse aspecto indica, ainda, a tendência de objetivação do sistema difuso e do rompimento da bipolaridade entre este e o sistema concentrado como aponta Segado (2003, p. 55-82).

Esta expansión sin limites de la justicia constitucional, como no podia acontecer de outro modo, há incidido frontalmente sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelsiano, o si se prefiere, el modelo de la *judicial review of Legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

(...)

La enorme expansión de la justicia constitucional há propiciado uma mixtura e hibridación de modelos, que se há unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder.

A objetividade do processo constitucional não soluciona outras dificuldades do sistema como a parte da decisão proferida pelo STF (dispositivo ou motivação), seja na via direta ou na difusa, que vincularia os demais atores. O dispositivo ou a motivação? E, ainda, diante da ausência de uma decisão colegiada por maioria em favor de uma das teses, a vontade do

Tribunal estaria consubstanciada no “voto médio”⁶⁵. Esses e outros temas correlatos ressaltam para a importância do estudo do tema.

Sem aprofundar no exame dos itens acima apontados, e retomando o controle das decisões, em controle de constitucionalidade, emitidas pela Suprema Corte Brasileira, externamente, o controle das decisões proferidas deveria ocorrer por meio de discussões e debates profícuos e críticos, não para cassar-lhes o teor, mas para apontar as incongruências e omissões e contribuir para o aprimoramento do próprio modelo, numa autêntica sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Internamente, a Corte poderia adotar uma postura mais conservadora na manutenção de seus precedentes, ou mesmo, adotar regras procedimentais estabelecendo quórum especiais qualificados para a mutação constitucional ou as viragens de entendimento.

4 O CONTROLE DAS DECISÕES PROFERIDAS E A VIRAGEM DE ENTENDIMENTO.

Os processos de controle exógenos, longe de malograr a autoridade da Corte, terminam por reforçar o papel pujante da Jurisdição Constitucional para decotar os excessos cometidos e estabelecer limites ao próprio sistema.

A eficácia e as consequências práticas das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade têm como pano de fundo as inquietações apontadas, pois, a observância e a obediência dos demais atores políticos e jurídicos pressupõe o exercício regular do

⁶⁵ Voto médio seria aquele obtido do exame de todos os votos proferidos na assentada de julgamento em que pelo menos um fundamento teria recebido a adesão da maioria do colegiado.

poder de dizer a constituição⁶⁶, nos limites estabelecidos por ela, o que confere legitimidade às decisões proferidas, por mais polêmicas que sejam.

Dentre os aspectos controvertidos da Jurisdição Constitucional destaca-se as viragens de entendimento, situação em que a Corte se manifesta num determinado sentido sobre um dado instituto e depois decide em sentido diametralmente oposto. Surge a inquietação sub reptícia, em que momento a Corte “errou”, na primeira ou na segunda análise, que aspectos da decisão podem ser invocados para justificar uma atuação tão díspari.

Adverte Coelho (ob.cit., p. 122) de que “a *Semântica Jurídica* outra coisa não é senão um capítulo ou setor da Semântica Geral, em cujo âmbito se estudam, sem demarcação de fronteiras, as ‘mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras’”, ou ainda, a lição de Josaphat Marinho (1989, p. 177) que “à jurisprudência, principalmente no controle de constitucionalidade, *in casu* ou em tese, cabe coordenar os textos, fixar-lhes a hierarquia e a interpretação final, bem como exercer a função criadora, que supre lacunas e vence contradições, iluminada pela idéia de sistema e de equidade”.

A doutrina estrangeira aponta para esses casos paradigmáticos, especialmente na América do Norte, quando a Suprema Corte Americana proferiu decisões antagônicas sobre o mesmo tema, embora, mediadas por um lapso temporal considerável, como nos casos

⁶⁶ A constituição como “todo enunciado jurídico, em tese, é *plurinormativo*, porque a sua linguagem é naturalmente *aberta* e não existe coincidências entre texto e norma, como evidenciam as *mutações normativas*, aquelas viragens de jurisprudência por via das quais, a partir de um mesmo texto, que se mantém inalterado ao longo do tempo, vão sendo extraídos significados distintos, mas igualmente dotados de normatividade”. Notas de aula do professor Inocêncio Mártires Coelho, na disciplina Filosofia do Direito, do curso de Mestrado Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sobre o tema Pressupostos hermenêuticos gerais, proferida na aula de 11/03/2010.

Dread Scott versus Sandford, Plessy versus Ferguson e Brown versus Board of Education of Topeka⁶⁷.

No Brasil, um desses casos rumorosos julgados pelo STF foi a respeito da conformação à Constituição da determinação legal de cumprimento integral da pena nos crimes hediondos – art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90.

Alguns apontam para a mutação constitucional como explicação possível para o ocorrido, pois a Corte Constitucional, sem mudança no texto, firmou nova interpretação diametralmente oposta à primeira sem que tenha atuado o Poder Constituinte Derivado de reforma. Outros apontam para um possível voluntarismo constitucional, em que a Corte mudou de entendimento em razão de simples mudança em sua composição.

Segundo Coelho (ob.cit. p. 123), “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”, e conclui que as mutações são decorrentes da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição intenta regular.

Konrad Hesse (2009, p. 148) admite o fenômeno⁶⁸, porém destaca a “questão de se existem limites para uma mudança desse tipo e

⁶⁷ COCA, Flávio Maltez. “A Corte Warren e o fim da segregação racial” artigo apresentado no Curso de Mestrado 2010 – “Constituição e Sociedade” - IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público – disciplina Jurisdição Constitucional, 2010, ainda não publicado, destaca que a Suprema Corte Americana, em 1857 havia julgado o caso Dread Scott versus Sandford, o que teria catalizado do conflito da segregação racial. E que não foram somente as leis (Jim Crow) que promoveram a discriminação dos negros, mas também a Suprema Corte até 1954.

⁶⁸ Para Hesse (ob. cit., p. 147-148) “A possibilidade de uma mutação constitucional é admitida de forma absolutamente majoritária, e, veja-se bem, ou não oferece explicação

onde, eventualmente cabe situá-los”, e discorre sobre os limites da mutação quando aponta que “as normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (*sollensätze*) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que, ‘dialética’, ‘correlativamente’ ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genérica inter-relação” (ob. cit., p. 166-167).

A mutação constitucional só é entendida com clareza (Hesse, ob. cit., p. 166) quando

[...]a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração ‘no interior’ da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja ‘mutação’ em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade.

Significa então, que a identificação do fenômeno jurídico decorre de modificação endógena da norma constitucional, ou seja, alteração interna de sentido do instituto jurídico examinado em determinado processo sujeito à julgamento pela Corte.

5 A REGRA DO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS E A VIRAGEM DE ENTENDIMENTO.

Para validar a incidência do instituto da mutação diante do entendimento doutrinário acima indicado seria preciso que a análise dos

alguma para esse fenômeno, ou só o faz de modo bastante sumário, quer seja com as teses de que a “dinâmica interna” e a “historicidade” da Constituição é que provocam as mutações constitucionais, que a vontade da Constituição não é algo imutável, mas uma vontade estável cambiante, de tal modo que diante de mudanças das circunstâncias cabe apresentar novas interpretações, ou que, afinal, determinadas alterações da realidade constitucional poderiam modificar o significado de certos preceitos da Constituição escrita”.

acórdãos mencionados demonstrasse que fatores externos de ordem “econômica, social e cultural” foram refletidos nos votos proferidos.

No primeiro enfrentamento do tema, em dezembro de 1992, a Corte Suprema Brasileira considerou que a regra de cumprimento integral da pena em regime fechado nos crimes hediondos era compatível com o texto constitucional⁶⁹. O Relator para o acórdão (Min. Rezek) faz um breve, porém expressivo relato das principais teses apontadas pelo relator originário⁷⁰ acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90⁷¹, e o ressachou com a “velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não se presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior”⁷², além do que restaria ao condenado o livramento condicional, por bom comportamento, após certo tempo de cumprimento da pena.

Em 25 de março de 1998, o Tribunal debruçou-se novamente sobre o tema de maneira indireta ao considerar constitucional a possibilidade

⁶⁹ HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072. TRAFICO ILICITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2. PAR. 1. DA LEI 8072, DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O RÉGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: RETIRADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSÃO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA. HC n. 69.657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 18-06-1993

⁷⁰ Ministro Marco Aurélio.

⁷¹ O Ministro relator entende afrontados o princípio isonômico e o da individualização da pena – previsto este no inciso 46 do art. 5º da Carta. Estima que o legislador está impondo tratamento igual de desiguais, ao impor que o juiz estabeleça o regime fechado independentemente das óbvias circunstâncias diferenciais que caracterizam os réus. Parece-lhe ainda que a dignidade mesma da pessoa humana é solapada pelo afastamento da esperança, ainda que mínima, de passar ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. Reflete sobre a situação do condenado quando enfrenta o início do cumprimento da pena sem ter – no caso dos chamados crimes hediondos -, a exemplo dos demais condenados, a perspectiva do abrandamento do regime prisional.

⁷² O Min. Paulo Brossard (relator) do HC n. 69603, PLENO, fala em dúvida razoável.

de fixação do regime fechado para cumprimento de pena no crime de tortura pela Lei n. 9.455/97⁷³. A Corte manteve seu entendimento jurisprudencial no HC 76.371⁷⁴.

Em 19 de dezembro de 2002, dez anos após o primeiro julgamento, o STF voltou a enfrentar o questionamento a respeito da inconstitucionalidade da vedação legal de progressão de regime nos crimes hediondos, e reputou ainda válida sua jurisprudência decenal⁷⁵.

Na assentada de 23 de fevereiro de 2006 – HC 82.959 – após o Plenário da Corte ter analisado e confirmado seu entendimento em quatro oportunidades anteriores, ocorre o inesperado, o Tribunal promove uma viragem jurisprudencial e altera seu entendimento para considerar inconstitucional a exigência legal de cumprimento integral da pena em regime prisional fechado para os crimes hediondos; pois, não poderia o legislador subtrair do juiz a possibilidade de individualização da pena na execução criminal⁷⁶.

Ponderou o Min. Peluso:

É, pois norma constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

⁷³ O crime de tortura, apesar de ser assemelhado ao hediondo, tinha tratamento legislativo diferenciado, pois este exigia que a pena para os demais crimes hediondos fosse fixada em regime fechado integral, sem a possibilidade de progressão.

⁷⁴ É interessante apontar para o voto do Min. Nelson Jobim que explicitou a origem da norma legal durante a tramitação legislativa, em especial quando admite que a “ambigüidade é necessária para a formação da maioria”, e ainda para a ocorrência de fatos da vida que repercutiram socialmente para a permanência da restrição legal: assassinato do filho de um japonês em São Paulo e o seqüestro da filha do Deputado Luiz Estevão, em Brasília.

⁷⁵ HC 82.638, STF, PLENO, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 19/12/2002.

⁷⁶ Do voto do Ministro Peluso destaca-se: “A tese vencedora subtraiu ao âmbito do princípio da individualização da pena o momento da execução, limitando-o ao ato da dosimetria” – HC 82.959.

Evidente, assim, que perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

O Min. Gilmar Mendes aduziu:

[...], a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei – princípio da reserva legal – explicita tão-somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação. [...]

A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura.[...]

No caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. E a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica, agravou ainda mais esse quadro. A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical. Não é difícil perceber que fixação in abstracto de semelhante modelo, sem permitir

que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.

De acordo com o conceito doutrinário por nós adotado para ocorrer mutação constitucional, os fatores externos devem produzir leituras renovadas do mesmo texto constitucional. O cotejo entre as decisões sobre a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos não permite concluir que tenha ocorrido a decantada mutação constitucional, uma vez que os “fatores externos” não circundaram os votos proferidos, com exceção do proferido pelo Min. Gilmar Mendes que tangenciou-os ao mencionar a existência de uma “política criminal fortemente simbólica” e a “maior repulsa na opinião pública”⁷⁷.

A defesa do fenômeno da mutação constitucional restou minguada, porém, como o STF produziu decisões sobre a constitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos em direções diametralmente opostas a eficácia das decisões proferidas quer num sentido quer no outro afetam a segurança jurídica.

⁷⁷ PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

Diante desse contexto, seria possível identificar certo voluntarismo - movimento do Direito Livre⁷⁸, ou seriam as decisões antagônicas as especiais dificuldades na interpretação judicial do Direito Constitucional identificadas por Gabriel Restrepo (2009, p. 20-21):

Em primeiro lugar, em matéria constitucional se resolvem questões sobre a base de normas geralmente elásticas, abertas, indeterminadas, imprecisas, ambíguas ou simplesmente vagas. Esta característica demonstra, desde logo, que neste campo se concede uma ampla margem de atuação a seus juízes e que, ademais, será difícil determinar parâmetros ou limites a eles constitucionalmente admissíveis.

Em segundo lugar, a interpretação constitucional está marcada por uma forte presença de valores plurais e diverso, que não só participam da mesma característica anterior, senão ademais, em casos concretos, podem orientar as decisões dos juízes em sentidos opostos, dependendo de qual dos elos se eleja. Uma presença axiológica acentuada acarreta consideráveis problemas relacionados com sua concreção e com as pautas estimativas empenhadas pelos os juízes para resolver casos concretos. Isto deve fazer notar também que, teoricamente, as constituições não são neutras desde o ponto de vista axiológico, e em tal sentido, exigem de parte de seus juízes um exercício hermenêutico tendente a garantir, maximizar e expandir seus postulados.

Em terceiro lugar, esta posição de privilégio dos tribunais constitucionais, situados na cúpula da administração da justiça, a qual não só implica reconhecer que se lhes haja dado <<a última palavra sobre as mais difíceis controvérsias>>, e que suas decisões são dificilmente controladas, senão ademais o direito de que gozam de certa <<supremacia hermenêutica>>, mediante a qual se marcam os caminhos sobre como hão de entender as normas constitucionais e, assim mesmo, se estabelecem <<os limites

⁷⁸ Para Larenz (1989, p. 32, 45) “A idéia básica deste escrito (Lei e função judicial de Oskar Bülow) [...] é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*. A lei não logra criar logo o Direito; é <<somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica>> (pág. 45). Cada litígio jurídico <<põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna ..., determinação que também não é extraível, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei>> (pág. 32)”.

de possibilidade da interpretação>> das normas restantes do ordenamento jurídico 79.

O próprio STF está apreciando as consequências jurídicas de suas decisões antagônicas na Reclamação n. 4335 ⁸⁰ sem previsão para julgamento.

6 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A PRESERVAÇÃO DE SUA HIGIDEZ.

Precisas as palavras de Hesse (2009, p. 132-133) sobre a força normativa da constituição quando a constituição jurídica converter-se em força ativa

Se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)* mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.

⁷⁹ Tradução livre do autor.

⁸⁰ Notícias STF: A matéria está sendo debatida por meio de uma Reclamação (Rcl 4335) em que a Defensoria Pública da União contesta decisão de juiz da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que indeferiu o pedido de progressão do regime da pena a dez condenados por crimes hediondos, contrariando decisão do Supremo sobre o assunto. Em fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, os ministros do STF declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena (parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90). Mas como a decisão foi tomada por meio de um habeas corpus, o juiz da Vara de Execuções considerou que ela só teve efeito imediato para as partes envolvidas no processo. Para ele, a eficácia geral da decisão [eficácia *erga omnes* = para todos] só passará a valer quando o Senado Federal publicar resolução suspendendo a execução da norma considerada inconstitucional pelo Supremo, como prevê a Constituição. Pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski suspendeu o julgamento de uma ação em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) analisa a eficácia de dispositivo constitucional que imputa ao Senado Federal a competência para dar eficácia geral a lei declarada inconstitucional pelo STF (inciso X do artigo 52 da Constituição).

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69651&caixaBusca=N>>.
Acesso em 1º abr. 2010.

A preservação da higidez do texto constitucional, sob o aspecto formal, se faz com a adoção de procedimentos especiais de alteração com regras especiais quanto a quorum e turnos de tramitação das propostas de emendas constitucionais. Tal preocupação não ocorre, todavia, no âmbito da viragem de entendimento.

A preservação da vontade de Constituição, segundo ainda, Hesse (ob.cit., p. 133) origina-se em três vertentes

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

O que resulta num constante processo de análise e discussão das decisões proferidas pela Jurisdição Constitucional: norma constitucional inquebrantável, diante de seu constante aperfeiçoamento por meio de atos de vontade (julgamentos) e plenamente legitimada, pela observância estrita das regras procedimentais em sintonia com a evolução social.

CONCLUSÃO

A Jurisdição Constitucional ampliou sua atuação na ordem jurídica brasileira, com especial destaque à atuação do STF no controle de constitucionalidade independentemente do sistema adotado para levar à controvérsia à Corte.

A eficácia das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade passa pela observância das regras procedimentais para o julgamento das causas que lhe são submetidas, o que confere higidez do texto constitucional, em razão do princípio da legalidade e da segurança jurídica, além dos fatos sociais.

A viragem de entendimento ocorre tanto aqui como alhures, porém a preservação da vontade da Constituição proferida pela Corte em determinado momento necessita de mecanismos formais internos como a fixação de quorum especial para as viragens de entendimento, garantindo perenidade do texto e ao mesmo tempo a abertura evolutiva. Externamente, os debates e discussões acerca das decisões proferidas pelo STF poderiam contribuir para o aprimoramento do modelo e a evolução do entendimento da Corte em relevantes temas apreciados.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COCA, Flávio Maltez. “*A Corte Warren e o fim da segregação racial*”. Artigo apresentado na disciplina Jurisdição Constitucional do Curso de Mestrado – “Constituição e Sociedade” do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Turma 2010/2011, ainda pendente de publicação.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho* – São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MARINHO, Josaphat Ramos. *Estudos Constitucionais – Da constituição de 1946 à de 1988*. Salvador: Centro de Estudos Baianos da Universidade Federal da Bahia, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.

SALDAN, Eliane. *Os limites da Mutação Constitucional*. Artigo apresentado na disciplina Jurisdição Constitucional do Curso de Mestrado – “Constituição e Sociedade” do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, Turma 2010/2011, ainda pendente de publicação.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano-Modelo Europeu-Kelsiano) de Los Sistemas de Justicia Constitucional. *Direito Público*, Porto Alegre, Síntese, Ano 01, n. 02, out/nov/dez 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ACERCA DA LEI DA ANISTIA: A
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº
153 E O NECESSÁRIO ENCONTRO DO PASSADO E FUTURO POR MEIO
DO DEBATE SOCIAL**

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Possui graduação em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília (2005) e pós-graduação *lato sensu*
pelo IDP em Direito Constitucional (2007) e pela FESMPDF
em Ordem Jurídica e Ministério Público (2009). É advogada
da Caixa Econômica Federal com atuação em Tribunais
Superiores. Interessa-se pelos temas: Constitucionalismo,
Direitos Fundamentais, Democracia Participativa, Jurisdição
Constitucional, Princípios Constitucionais

DOI 10.11117/9788565604000.05

“Hay quienes imaginan el olvido como un depósito desierto, una cosecha de la nada y sin embargo el olvido esta lleno de memoria.”

Mario Benedetti

RESUMO: O artigo trata da interpretação dada pela jurisdição constitucional brasileira à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, que questiona a validade da Lei da Anistia Política. Utiliza-se, como referencial teórico, a obra do professor *Peter Häberle* que entende que a “sociedade aberta é essencial na interpretação da norma constitucional. Afinal, o paradigma trazido por ele traduz uma mudança radical na interpretação constitucional, não mais calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais, mas propondo que quem vive a norma é que deve interpretá-la. Relacionando os conceitos de passado e futuro inseridos nas discussões sobre Justiça de Transição e o referencial teórico do professor *Peter Häberle*, descreve o posicionamento da Corte e o necessário e contínuo debate pela sociedade também fora da jurisdição constitucional para o adensamento do princípio democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Interpretação Constitucional. Democracia Procedimental na Jurisdição Constitucional. Sociedade Aberta. Lei da Anistia.

INTRODUÇÃO

A afirmação acima epigrafada indica várias interpretações. Algumas delas, remetem-nos não só à história de autoritarismo e ditadura existentes na América Latina - da qual foi vítima inclusive o próprio poeta, que ficou exilado durante a década de 70 na Argentina, Peru e Cuba - mas também permitem-nos refletir sobre a relação que o direito faz entre passado e futuro, permitindo-nos aceitar (ou não) o passado como instrumento de reconhecimento do presente e de modificação do futuro.⁸¹

Neste sentido, e considerando sua função normativa, o direito prevê um futuro que substituirá o passado, subtraindo dele valores não mais vigentes ou impondo a ele valores desejáveis. Segundo nos ensina Husserl - que faz interessante analogia entre o tempo passado, presente e futuro com os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, respectivamente - o tempo do legislador é o futuro e por sua atuação, ele pode modificar condutas sociais e modelar a sociedade futura, enquanto o juiz trata do tempo passado e o administrador do tempo presente.⁸²

Ampliando-se o conceito de função legislativa para a Assembléia Constituinte e de lei para a Constituição, sua força normativa⁸³ toma ainda

⁸¹ A relação entre tempo e direito é desenvolvida de forma muito interessante por François Ost em: OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. O autor indica quatro categorias de tempos normativos que intencionam voltar ao passado: memória, perdão, promessa, questionamento.

⁸² APUD PIRES, Maria Coeli Simões. **Temporalidade da Norma e o Processo de Consolidação de Leis: Vigência, Revogação e Direito Adquirido** Disponível em < <http://www.almg.gov.br/publicacoes/consolidacaoeis/coeli.pdf> > Acesso em 12.11.2010

⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

mais relevância, pois se dá ao povo, detentor da soberania, a fundamental decisão de definir seus destinos e fixar moldura social desejada.

Considerando a Constituição Brasileira de 1988 - “Constituição Cidadã”⁸⁴, assim denominada por um de seus idealizadores, o então presidente da Assembléia Constituinte, Sr. Ulisses Guimarães, pode-se dizer que o documento produzido é avançado, caracterizando-se por ser um texto moderno⁸⁵, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. ⁸⁶Dentre suas características, destaca-se seu caráter pluralista, programático e analítico.

A relevância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), bem como as expectativas decorrentes de sua edição são evidentes para uma Carta que marca o reinício da era democrática de um país que viveu um processo constitucional recortado por momentos de autoritarismo político.

É diante da consolidação do Estado Democrático de Direito e dos mais de 20 anos constitucionais que pretendeu rememorar o passado, trazendo-o à baila, para constituir/ reafirmar um futuro conseqüente com os ideais democráticos. Sob esse enfoque e pano de fundo, no qual principalmente a sociedade se apresenta politicamente livre e isenta da cultura do medo, foi proposta, pela OAB, a ADPF 153, na qual se questionou a validade, sob os parâmetros da Constituição atual, da anistia política

⁸⁴ TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**. 5.ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004, p. 1.

Ao promulgar a Constituição de 1988, o Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, afirmou: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia [...]. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã!”. A informação consta do Volume VII da Coleção Constituições Brasileiras, organizado por Walter Costa Porto e editada pelo Senado Federal - SEEP e Centro de Estudos Estratégicos do Ministério da Ciência e Tecnologia - CEE – MCT.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52. Para o doutrinador português, por constituição moderna se entende aquela a qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

definida no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 6.683/1979, nos seguintes termos⁸⁷:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Intencionava-se um encontro entre passado e presente, bem como entre a política e o direito. A questão submetida à Corte passou pela resposta – no caso, homologatória – de um acordo político realizado em um momento histórico no qual não se poderia ceder muito.

Para repensar o passado, a Corte, por recomendação das teorias de interpretação constitucional pós-positivistas, pautou a interpretação constitucional em uma interpretação da lei conforme a Constituição calcada em argumentos extraídos da “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”- a fim de legitimar o discurso jurídico com o processo político democrático.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo seu Plenário, decidiu, em acórdão da lavra do Ministro Relator Eros Grau, pela reafirmação e homologação do ato político que concedia anistia irrestrita, ampla e recíproca e pela não violação aos preceitos fundamentais democrático e republicano, bem como à dignidade da pessoa humana. Considerou-se legítima a integração da lei no novo ordenamento jurídico constitucional e entendeu-se que não houve violação ao direito à memória.

⁸⁷ BRASIL. Lei n.º 6.683/1979 – **Concede anistia e dá outras providências**. Brasília, 28 de agosto de 1979.

Embora o debate tenha sido precedido de audiências públicas no âmbito do Ministério da Justiça, de debates no meio midiático e de manifestações institucionais, bem como de encontros acadêmicos no âmbito da América Latina, não houve audiência pública no âmbito do julgamento da ação no Supremo Tribunal Federal. Este fato destoou um pouco do caráter democrático procedimental que se tem dado à jurisdição constitucional atualmente, o qual permite amplo debate sobre temas de interesse social em audiências públicas, como é o caso de tantas outras ADPF submetidas à Corte.

Há previsão legal acerca da audiência pública, que poderá ser requerida pelo Relator, caso entenda necessário, conforme artigo 6º da Lei 9882⁸⁸, de 03 de dezembro de 1999. Por certo que um fato histórico não admite uma só interpretação e que um assunto que trate de uma temática de tamanha relevância para a sociedade, poderia ter recebido importantes contribuições, o que não só admitiria uma leitura mais plural da jurisdição constitucional acerca da memória política, mas também a consideraria como inevitável resultado de uma construção social e política.

Resgatar o passado no tempo presente só tem sentido se colaborar com o futuro, fixando regras claras de como se interpreta a história, reafirmando soberanamente (o povo) como quer que o futuro seja ou como quer que ele não seja, em um típico processo de construção de identidade e carregando de força normativa caminhos que se quer seguir.

Boaventura, tratando das diferentes experiências de países acerca da sua memória,⁸⁹ assim se manifesta:

⁸⁸ BRASIL. Lei n.º 9.882 – Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 03 de dezembro de 1999.

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os caminhos das democracias e as memórias políticas** In: Repressão e Memória Política no Contexto Ibero Brasileiro : estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. -- Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia ; Portugal : Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, p. 12.

Democracia e a memória política não são resultado de um processo histórico linear, singular e acabado, com início, meio e fim, mas sim uma construção social e política sem fim, a ser constantemente aprimorada, que envolve múltiplos atores políticos e sociais. Nesta perspectiva, falamos em “democracias” e “memórias políticas”, no plural, para destacar os diversos sujeitos sociais e políticos de memória e justiça, as diferentes histórias de cada país ou comunidade, os múltiplos caminhos e mecanismos possíveis para a superação dos legados autoritários e coloniais. A vivência comum da não-democracia é, portanto, apenas o pontapé inicial que conecta as experiências que são objeto de reflexão e que permitem-nos ver como cada povo soube, de modo mais ou menos completo, trabalhar o seu passado.

Entretanto não se pode negar que a manifestação de entidades pelo instituto do *amicus curie* permitiu manifestação de outros interessados, ainda que em menor grau do que uma audiência pública.

Porém, ainda que tenha havido a participação social no debate – o que seria impensável em tempos passados - o que se percebe é que o debate não diminuiu diante da manifestação da Corte, ao contrário, tomou novas proporções, diante da iminência de um julgamento da Corte Interamericana de Direitos sobre a lei em questão.

E o interesse internacional no tema se justifica, pois o Supremo Tribunal Federal, ao não admitir a prevalência de tratados internacionais – principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁰ - sobre a lei brasileira encerrou a questão jurídica local, mas deixou brecha para condenação internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que deve em breve proferir a sua sentença sobre a validade da lei de anistia no Brasil.

⁹⁰ O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 por intermédio do Decreto 678/1992 e, em 2002, pelo Decreto 4.463/2002 se submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A interpretação constitucional do Supremo à Emenda Constitucional nº 45/04 deu à Convenção *status supra legal*, hierarquicamente superior à Lei de Anistia. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos da ONU já consignou que os Estados Parte no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem o dever de investigar, ajuizar e punir responsáveis por violações de direitos neles protegidas.

A Corte já invalidou outras leis de anistia na América Latina. Para Paulo Abrão, “o caso brasileiro tem preocupado a diferentes atores por ter aberto uma brecha no esforço internacional contra ditadores e torturadores”⁹¹

O tema voltou atualmente à pauta de discussões midiáticas, muito em razão da nova presidenta eleita ter sido vítima do regime militar autoritário no Brasil – e da Secretária de Direitos Humanos ter defendido a criação de uma Comissão de Verdade, bem como diante da atuação do Ministério Público Federal em São Paulo, que, de forma crescente, ajuíza ações civis buscando responsabilização dos agentes do DOI CODI.

Além disso, no em dezembro de 2010 a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil a proceder investigação criminal das ações do Exército Brasileiro entre 1972 e 1975 na operação “Guerrilha do Araguaia”. A decisão evidencia a questão da divergência entre o posicionamento do Brasil diante da Lei da Anistia e a intenção política de punição emanada do cenário internacional.⁹²

No caso da Guerrilha do Araguaia, entendeu-se que a Lei de Anistia não cumpriu com a obrigação de investigar e punir responsáveis por violações de direitos humanos, um dos quatro pilares que deve estar presente no que se denomina Justiça de Transição e que deve nortear as intenções de adequação da legislação interna à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Segue trecho da sentença⁹³:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção

⁹¹ Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={674805E8-6838-4CB2-A369-3EFA87A5B44E}¶ms=itemID={C55D8E1D-9180-4B07-9FA53241575726D1};&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}>>. Acesso em 16.11.2010

⁹² Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-14/corte-interamericana-manda-brasil-investigar-guerrilha-araguaia>>. Acesso em 20.12.2010. O Estado foi condenado por não conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos.

⁹³ Disponível em <<http://neccint.wordpress.com/2010/12/15/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-o-brasil-pela-lei-de-anistia/>>. Acesso em 10.07.2011.

Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

O artigo pretende analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal ou do STF, e verificar se ela teria sido a mais acertada, sob o enfoque da interpretação constitucional moderna, principalmente o método proposto por Peter Häberle, que admite nos julgamentos submetidos à jurisdição constitucional a participação da chamada “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.⁹⁴

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O momento de passagem de um Estado totalitário para um Estado democrático reflete em vários aspectos sociais. A justiça aplicada a este momento histórico denomina-se Justiça de Transição e deve respeitar caracteres especiais. Dentre as medidas que geralmente são propostas, encontram-se ações de natureza judicial, como a possibilidade de investigação, de processamento, de julgamento e condenação, bem como reparação civil e ações de natureza não judicial, como o perdão, a reforma de instituições, o direito à memória etc. Geralmente, a qualidade da justiça está ligada ao grau de influência da antiga elite de poder e à independência das instituições e participação popular envolvida.⁹⁵

⁹⁴ HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997.

⁹⁵ OLIVEIRA, David Barbosa de. **A lei da anistia nº 6.683/79 e os julgamentos das leis de autoanistia pela corte internacional de direitos humanos**. In: Diálogo Jurídico.Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. Ano VIII, nº 09, 2009, p. 159.

O Ministério da Justiça, por intermédio da Comissão de Anistia, disponibiliza informações e aulas sobre o conceito de justiça de transição, que está ancorado nas seguintes premissas⁹⁶:

Criado na década de 1990, o conceito de justiça de transição reúne **quatro tarefas** fundamentais para os Estados lidarem com o legado deixado por regimes de exceção e consolidarem a democracia. São elas: **reforma das instituições; o direito à memória e à verdade; o direito à reparação e o adequado tratamento jurídico aos crimes cometidos no passado.** (sem grifos no original)

No caso brasileiro, além da Lei da Anistia, primeiro passo da justiça de transição, criou-se a Comissão de Anistia e a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos. A Comissão de Anistia foi instalada pelo Ministério da Justiça em 2001 e busca examinar e julgar administrativamente pedidos de indenização daqueles que foram impedidos de exercer atividade econômica por motivação política. A Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos foi criada pela Lei 9.140, de 04/12/1995, que foi posteriormente modificada pela Lei nº 10.875/04, e trata de solucionar casos de mortos e desaparecidos, com indenização às famílias e também casos de suicídio decorrentes de sequelas psicológicas advindas de tortura. 97

Destaca-se o trabalho das Comissões, a elaboração do livro *Direito à Memória e à Verdade*⁹⁸ e realização de audiências públicas e seminários promovidas pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Logra-se êxito na reparação civil dos danos, mas há um vácuo no que se refere à reparação decorrente da justiça criminal. E é exatamente o eixo que

⁹⁶MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID={D59503A9-335B-44CE-B65F-F95B3D438B6E}¶ms=itemID={F8466F6D-4863-4ED2-B21F-D203B4733C67};&UIPartUID={04411A04-62EC-410D-AC93-9F2FA9240471}>>> . Acesso em 20.11.2010

⁹⁷ OLIVEIRA, David Barbosa de. **A lei da anistia nº 6.683/79 e os julgamentos das leis de autoanistia pela corte internacional de direitos humanos.** *In:* Diálogo Jurídico.Revista do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. Ano VIII, nº 09, 2009, p. 160-161.

⁹⁸ Elaborado pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos e Disponível no Portal do Ministério da Justiça:

incomoda a comunidade internacional e que torna o Brasil alvo de olhares desconfiados.

Em verdade, a Lei da Anistia Brasileira é caracterizada por “autoanistia”, pois a própria elite de poder do Estado dominante à época se incumbiu de se anistiar dos crimes contra a humanidade, tornando-se impunes. Daí a preocupação inicial da OAB, quando da propositura da ADPF no Supremo Tribunal Federal, de modo a desejar a legitimação do período de transição, calcado também na responsabilização criminal dos que violaram a dignidade da pessoa humana.

Antes de se expor a temática da ADPF nº 153 e discutir seu objeto, votos, suas características e nuances, bem como o impacto da decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional na sociedade, tratar-se-á da hermenêutica constitucional moderna e o método de interpretação de *Peter Häberle* como mais conseqüente aos desafios constitucionais, porque legitimador da democracia republicana na jurisdição constitucional, pelo menos de forma procedimental.

3 BASES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE AUDIÇÃO DA SOCIEDADE ABERTA

3.1 Breve exposição dos métodos hermenêuticos constitucionais modernos

A hermenêutica jurídica⁹⁹ consiste na arte de dominar de forma teórica e especulativa o desenvolvimento e a sistematização dos princípios referentes à interpretação, que é a atividade de revelar e atribuir significado a

⁹⁹ A etimologia do termo “hermenêutica” remonta a Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos deuses aos homens, já que eles não podiam tratar diretamente, necessitavam da intermediação de Hermes, que detinha capacidade para compreender e revelar os sentidos expressos na mensagem.

textos normativos, a fim de solucionar questões que envolvem a aplicação deles aos problemas concretos¹⁰⁰.

Na verdade, a hermenêutica não é exclusiva do fenômeno jurídico. Para Mendes, Coelho e Branco, os fenômenos culturais e as realidades significativas, ou seja, as denominadas “coisas do espírito” – dentre as quais se encontra o direito - enquanto objetos de conhecimento, estão sujeitas à análise por ato gnosiológico de compreensão - diferentemente dos fenômenos físicos, que se utilizam do estudo pelo método empírico-indutivo - e, por isso mesmo, devem ser objeto e sujeito da hermenêutica filosófica.¹⁰¹

O direito, que se caracteriza como objeto cultural, assim como as manifestações de arte, ao longo do tempo vai acrescentando ao seu valor novos conteúdos e abordagens que não se opõe à sua essência inicial¹⁰²:

Diante de obras de arte – do *Quijote* de Cervantes ou da *Pietà* de Miguelângelo, das *Meninas* de Velázquez ou da *Nona Sinfonia* de Beethoven, esse ir e vir compreensivo que atravessa séculos e gerações, vai progressivamente se enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, que nem pelo fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção de significados (*Aufgehoben*)

Não se trata simplesmente de pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas saber pensar até o fim aquilo que começou a ser pensado por

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 269.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 46-50.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 48.

um outro¹⁰³. Com uma boa metáfora, Luís Roberto Barroso exemplifica de forma didática o pensamento hermenêutico¹⁰⁴:

Garota de Ipanema é a composição brasileira mais executada no mundo [...] A letra e a melodia da canção permaneceram as mesmas, desde seu lançamento em 1962. Ao longo das décadas, inúmeros artistas apresentaram sua interpretação da obra. Todos trabalhavam, como intuitivo, sobre a criação original de dois compositores. Algumas interpretações, no entanto, eram apenas instrumentais e procuravam captar os acordes sofisticados da bossa nova. Outras punham ênfase na poesia da letra, buscando recapturar um tempo mais romântico e ingênuo da vida no Rio de Janeiro. Muitos intérpretes, mundo afora, que apresentaram regravações belíssimas nunca ouviram falar de bossa nova e não sabem exatamente onde fica Ipanema. Garota de Ipanema, na voz ou nos instrumentos de múltiplos intérpretes, **conserva sua essência, seus elementos de identidade, mas nunca é a mesma**. A razão é que, entre obra e público, há uma intermediação necessária feita por quem vai executá-la. A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete. Por isso, uma versão nunca é igual a outra. Ainda assim, havendo fidelidade à letra e à melodia originais, **não será possível dizer que uma esteja certa e a outra errada. São diferentes formas de ver a mesma criação. No entanto, há um limite a partir do qual já não será possível dizer que o intérprete esteja executando obra alheia, senão que criando a sua própria. Vale dizer: a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado.** (sem grifos no original)

O processo dialético da interpretação não permite, portanto, tratar de erros teóricos, isso porque “as viragens de jurisprudência não são

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 48.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 268.

correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração da consciência jurídica, de resto, absolutamente normais.”¹⁰⁵

Neste diapasão e considerando a especificidade da hermenêutica constitucional - que compreende um conjunto amplo de particularidades, que a destacam no universo da interpretação jurídica, porque envolvidas questões valorativas essenciais à estruturação do Estado, como legalidade, justiça, segurança, razoabilidade, exercícios de competências, garantias de direitos fundamentais, organização política estatal e limitações aos Poderes Constituídos - deve-se enxergar a questão proposta com os óculos do exegeta constitucional, que considerará categorias especiais, como princípios da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis, interpretação conforme, unidade, razoabilidade, e, sobretudo não só argumentos jurídicos, mas sim – e sobretudo - argumentos políticos condizentes com os valores constitucionais.

Para que sejam rememoradas as bases teóricas necessárias para o adensamento da questão, cabe dizer que, diante de uma multiplicidade de teorias jurídicas que foram concebidas e apregoadas - muitas delas ainda desenvolvidas no formato de direito civil, que era o centro de irradiação do pensamento jurídico nos países de tradição romano-germânica anteriormente ao pós-guerra – nos filiaremos ao pós-positivismo jurídico.

O paradigma pós-positivista tem como marca essencial a desapego a literalidade do texto e a intenção criativa e construtiva do aplicador, deixando de lado o antigo formalismo, no qual a interpretação jurídica seria uma atividade mecanicista de subsunção do fato à letra fria da lei.¹⁰⁶

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 50.

¹⁰⁶ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito Contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fund. Caouste Gulbenkian, 2002, p. 92.

Pretensamente neutros, os aplicadores, no formalismo jurídico, eram somente “a boca da lei”, o que teve como reação de maior expressão as vozes de juristas que apregoavam a necessidade de contemplar os fins sociais da lei, antes de sobrelevar suas características formais.

A este movimento deu-se o nome de “movimento para o Direito Livre”, na Alemanha; “livre investigação científica”, na França e “Realismo Jurídico”, nos Estados Unidos da América. Rompendo com o formalismo, o pensamento jurídico deste período reflete a intenção de se condensar o direito escrito com o consuetudinário, principalmente pelo emprego exclusivo de precedentes judiciais e necessidade de se compreender o direito dentro de uma estrutura ampla social, que abarcava outras áreas do saber.¹⁰⁷

No caso específico, verifica-se a interpretação jurídica encontrando-se com a questão política como uma simbiose inafastável. A leitura hermenêutica dada à lei à época dos fatos foi a de anistia política recíproca. Atualmente, com a sociedade um pouco mais amadurecida no processo democrático – sobretudo na jurisdição constitucional – essa interpretação foi se moldando de forma diferente, tanto que a OAB e outras entidades, inclusive o Ministério da Justiça, entenderam que a anistia concedida pela lei não condizia com os preceitos constitucionais e a nova ordem jurídica.

No pós-positivismo foi afastada a concepção estritamente mecanicista das decisões judiciais, tendo inclusive reconhecido o caráter político de decisões judiciais, proclamados também como “*hard cases*” por *Dworkin* e *Hart*¹⁰⁸, que apregoavam a necessidade de se adotar princípios

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 276.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 50-94. Para melhor conhecimento dos autores e suas idéias, ver: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 e ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 2002.

constitucionais abertos e considerar a realidade social e política em que se inseriam os problemas para solucionar os casos levados ao aplicador da lei.

O pós-positivismo nasce, portanto, de uma volta dos valores na solução de casos concretos, utilizando-se de princípios constitucionais e retomam o caráter axiológico do Direito, unindo-o à Filosofia e Moral. Assim, as teorias de interpretação constitucional modernas têm como pano de fundo este momento do Direito.

Embora os métodos interpretativos clássicos não estejam abandonados, há uma tendência natural de considerar com mais freqüência aqueles que se adequam às necessidades de um ordenamento bem mais complexo, que necessita muitas vezes de uma variedade de meios hermenêuticos para que seja dada a interpretação condizente com a sociedade plural contemporânea.

Destaca-se, dentre os métodos de interpretação modernos, o método tópico-problemático, proposto por *Theodor Viehweg*; o método hermenêutico concretizador, de *Gadamer*; o método científico-espiritual de *Rudolf Smend* e normativo-estruturante de *Müller*.

Da análise dos métodos modernos de interpretação constitucional se deduz que não só a dogmática contemporânea, mas também o neoconstitucionalismo trouxeram para a hermenêutica constitucional o conceito de construção como uma espécie do mais amplo gênero da interpretação constitucional, já que a Constituição Federal se utiliza de conceitos abertos, plurisignificativos, analíticos e valorativos e que ao interpretar a norma constitucional, é impossível não deixar de concretizá-la em um caso específico.

Daí porque todos os métodos hermenêuticos constitucionais modernos se valem da idéia de criação do direito, de forma que a construção e reconstrução dos fundamentos do ordenamento jurídico moderno de forma

legítima dar-se-á somente com a colaboração de todos os participantes do debate hermenêutico, ou seja: é necessário abrir à sociedade de intérpretes constitucionais, como propõe *Peter Häberle*¹⁰⁹

A abertura da sociedade dos intérpretes permite que a leitura do texto constitucional, tradicionalmente restrita às instâncias oficiais, se “faça em perspectiva republicana e pública”¹¹⁰, sendo considerada uma forma de legitimação política.

De fato, o Direito só ganha legitimidade se os poderes sociais não estiverem divorciados da realidade, de modo que a efetividade social das normas só se verifica se forem legitimadas pela sociedade que delas necessita, principalmente se tratarmos de normas constitucionais, que clarificam a essência estatal, seus poderes, sua estrutura e definem direitos fundamentais:¹¹¹

O fundamento da Constituição não é e nem pode ser, portanto, nenhuma norma jurídica prévia ou superior. [...] a norma constitucional (*Constituição*), que serve de base a todo o sistema jurídico, apóia-se, em última instância, em "algo superior e anterior a todo direito estabelecido", sobre um "fenômeno real de existência política". **A base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas não é, portanto, em última análise, algo normativo, mas algo real: a vontade social, que dá integração à comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas. Esta "vontade social" não é aquela entidade misteriosa,**

¹⁰⁹ HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 95.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **O direito constitucional e o momento político**. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 21, número 81, Jan/Mar.1984. p 200.

metafísica, do romantismo político, mas um simples "processo", uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais existentes no interior do Estado." (sem grifos no original)

A idéia está intimamente ligada com a questão da soberania popular, já que é a partir deste conceito que nasce o direito de democracia, participação e representação. Com o adensamento do propósito constitucional e a evolução da democracia a teoria da soberania popular aumentou seu campo de atuação.

Não há muito tempo, o conceito era restrito à representação político-partidária e às formas de participação direta, expressa nos plebiscitos, referendos e iniciativas populares. Hodiernamente, entretanto, o conceito de soberania e participação popular alargou-se, interpenetrando nas funções não só legislativas, mas administrativas (principalmente)¹¹² e por que não dizer, judiciais, com o advento dos institutos como *amicus curie* e audiências públicas?

A participação pode se dar diretamente, através da chamada democracia direta, com a utilização de instrumentos como o referendo, o plebiscito ou a iniciativa popular, como também pode ser proposta a partir de meios que, juntamente com a administração pública, pretendem cooperar para **uma administração participativa, que pode se dar através de subprefeituras ou com a participação de cidadãos em conselhos públicos municipais, ou ainda pelos chamados conselhos autônomos** que, apesar de não pertencerem, não serem subordinados à administração pública, podem fiscalizar e até mesmo participar da administração nos assuntos que forem pertinentes a toda coletividade. (sem grifos no original)

Partindo deste pressuposto, o método proposto por *Härbele* inspira a adequação entre norma e fato, adensa o conteúdo democrático e

¹¹²VIEGAS, Weverson. *Cidadania e Participação Popular*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em 15 nov 2008.

republicano impresso na Carta e permite que debates que poderão legitimar o processo de decisões judiciais – como o que foi analisado – tivesse participação ampla da sociedade.

3.2 A “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” e sua importância no contexto democrático para solução do problema.

Peter Häberle é um jurista alemão de peso que vem influenciando de forma inexorável a jurisdição constitucional brasileira, que tem prezado – pelo menos no plano teórico – o ideal de um Estado cooperativo, com abertura dos processos à opinião social, o que permite maior pluralidade de sujeitos na participação das atividades públicas.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que adotam a figura do *amicus curie*, mecanismo que permite a intervenção de órgãos e entidades no processo objetivo, e audiências públicas, que dão voz à pareceristas, *experts* e pessoas abalizadas que dominam as técnicas sobre o conhecimento de uma determinada matéria, representam um “eloqüente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição”:¹¹³

O modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados. Os denominados *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças fundamentais do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. **Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez**

¹¹³MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em < http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf > Acesso em 17.04.2009.

mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional [...] O Tribunal tem utilizado amplamente esses novos mecanismos de abertura procedimental, com destaque para as audiências públicas recentemente realizadas no âmbito das ações do controle abstrato de constitucionalidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007 contou com a participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil, e produziu uma impressionante gama de informações e dados que permitiram ao Tribunal, no julgamento definitivo da ação (em 29.5.2008), realizar um efetivo controle e revisão de fatos e prognoses legislativos e apreciar o tema em suas diversas conotações jurídicas, científicas e éticas. O resultado foi a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, mas por uma maioria de 6 votos contra outros 5 votos que continham dispositivos diversificados fundados em distintos aspectos dessa complexa questão constitucional, alguns deles representando verdadeiras sentenças aditivas com conteúdo manipulativo dos sentidos normativos da lei impugnada. **O que ficou marcado nesse julgamento, de toda forma, foi a ampla participação de múltiplos segmentos da sociedade, o que fez da Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.** (sem grifos no original)

Inicialmente, antes mesmo de tratar do método hermenêutico desenvolvido por Peter Häberle, deve-se tratar do conceito “sociedade aberta”, por ele utilizado, mas também desenvolvido por alguns autores, mais especificamente Henri Bergson e Karl Popper, de forma política ou epistemológica, respectivamente. Em sociedades abertas o governo é responsável e tolerante, e os mecanismos políticos são transparentes e flexíveis. O Estado não mantém segredos para si mesmo; é uma sociedade não-autoritária, uma sociedade em que todos são respeitados, com o conhecimento de todos. Liberdade política e direitos humanos são os

princípios fundamentais que regem a sociedade aberta.¹¹⁴ Novamente nos questionamos: há sociedade aberta no Brasil?

E é claro que, para se falar em “sociedade aberta”, também se deve falar em “democracia”. Tanto um como outro conceito são amplos, paradoxais, abertos, complexos, e não coadunam sequer com a idéia de serem fechados por um enunciado. O que é complexo¹¹⁵, portanto, evolui e é observado, mas não pode ser esvaziado em um determinado conceito. Trata-se de uma concepção evolutiva e neste sentido, cabe-nos questionar: nossa sociedade brasileira é uma “sociedade aberta”?

Neste contexto democrático de uma “sociedade aberta”, o paradigma trazido por *Härbele* traduz a mudança radical de uma interpretação constitucional calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais¹¹⁶, para considerar no mesmo plano os intérpretes em sentido amplo, estes que compõe esta sociedade pluralista e aberta. Os professores Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes sistematizam o entendimento de *Harbele*¹¹⁷:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve se encarar seriamente sobre o tema “Constituição e realidade constitucional” aqui se pensa na exigência de incorporação de ciências sociais e também nas teorias jurídico-fundamentais, bem como métodos de interpretação voltados para o interesse público e do bem-estar geral -, então, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional [...] Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem.

¹¹⁴ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999.

¹¹⁵ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora Meridional/Sulina, 2005.

¹¹⁶ Os intérpretes oficiais geralmente são os detentores de competência constitucional, geralmente representados pelos Poderes da República Federativa: Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo, mas atualmente também contamos com o Ministério Público, com o Tribunal de Contas.

¹¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, p. 262-263.

A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova interpretação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção [...] o reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Härbel, a uma relativização da interpretação constitucional jurídica.” (sem grifos no original)

Tal método hermenêutico se manifesta de forma mais favorável em uma sociedade multifacetária e pluralista, na qual há uma expressa relativização da interpretação constitucional jurídica. Isso só é possível em uma sociedade complexa na qual também haja concretização do princípio democrático e abertura material da Constituição.¹¹⁸

A sua proposta é “ousada, além de radical, e coaduna com o ideal de sociedade democrática paradigmática dos novos tempos modernos e contemporâneos.” Sua proposta, nas palavras do professor Gilmar Mendes, que traduz e introduz a obra¹¹⁹:

Exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional [...] que esteve muito vinculada ao modelo de sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (e nem deve ser) a única. Ao revés, **cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituíam forças produtivas de interpretação**, atuando, pelo menos como pré-interpretres do complexo normativo constitucional” (sem grifos no original)

Härbel sugere que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação e interpretação – notadamente nas

¹¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, p. 263-266.

¹¹⁹ HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

audiências e intervenções. Destaca-se, aqui, não só o início da utilização do instrumento de consulta popular do Supremo Tribunal Federal, notadamente as intervenções ocorridas pelo *amicus curie*, consultas populares, pareceres, informações jornalísticas, debates, palestras, manifestação de grupos de pressão etc.

O próprio Härbale assume que a teoria da interpretação constitucional se confronta com duas questões essenciais: 1) tarefas e objetivos da interpretação constitucional e 2) indagação sobre o método (processo da interpretação constitucional e as regras de interpretação). A estas, devem se somar uma terceira, suficientemente séria para que a doutrina a trate de forma destacada no tema, considerando sua contribuição sob um ponto de vista de uma concepção teórica, científica e democrática.

120

Em síntese, faz um alerta: “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la”¹²¹ De modo claro, não há monopólio da interpretação pelos intérpretes jurídicos oficiais, pois não só eles vivem a norma¹²²:

O processo de interpretação sugerido implica em “mediação específica entre Estado e sociedade”. **Não só o processo de formação da interpretação, mas também o desenvolvimento posterior dele se torna pluralista.** (sem grifos no original)

¹²⁰HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 11.

¹²¹HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997., p. 13.

¹²²HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997., p. 18.

Considerando este paradigma, o STF manifestou-se sobre a validade da Lei de Anistia Política, embora não tenha havido a audiência pública, o que seria desejável, a Corte debruçou-se sobre a interpretação constitucional, considerando argumentos postos por alguns dos representantes da sociedade. Assim, de forma procedimental, ouviu-se atores sociais que influenciaram o deslinde da questão e, embora a questão ainda esteja sendo debatida no âmbito do Poder Executivo e desagrade setores da sociedade, houve legitimação democrática da resposta dada, o que seria impensável no contexto autoritário da elaboração da lei.

4 ANÁLISE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 153

Buscou-se com a ADPF o não recebimento do dispositivo da lei diante da nova ordem jurídica constitucional e conseqüente violação a preceitos fundamentais relacionados aos princípios: i) da dignidade da pessoa humana; ii) democrático; iii) republicano; iv) direito à informação e memória.

Diversos temas foram tratados com enfoque principal na interpretação jurídica, como conceito de crime político/crime comum, reprivatização, validade de Atos das Disposições Transitórias, prescrição de crimes, clareza/obscuridade da lei, impossibilidade do Poder Judiciário debruçar-se sobre acordo político costurado por quem detinha legitimidade na época, conceito de leis de autoanistia (há quem entendesse que não se tratava de autoanistia), impossibilidade/possibilidade de perdão coletivo etc.

Admitiu-se a utilização do instituto de *amicus curie* a algumas entidades, dentre elas, a Associação de Juizes para Democracia; Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL); Associação Brasileira de Anistiados Políticos; Associação Democrática e Nacionalista de Militares. Neste ponto,

desejava-se que mais entidades estivessem reunidas para a viabilização da interpretação mais consecutiva com o caráter plural da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Informações foram prestadas pela Câmara e Senado, AGU, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH; Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República – SAJ – CC; Ministério das Relações Exteriores; Ministério da Justiça; Ministério da Defesa e CGU, dentre outros.

A PGR opinou, no mérito, pelo afastamento da “visão reducionista do instituto que inviabilize a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de questão de tamanha importância”¹²³ e afirma que:

(...) relevantíssima questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, entretanto, não comporta exame dissociado do contexto histórico em que editada norma (...) absolutamente decisivo para sua adequada interpretação e para o juízo definitivo (...). A anistia, no Brasil, resultou de um longo debate nacional com participação de vários setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual.

Este fato histórico é contestado, à medida que alguns entendem que se fez o que era possível para a história e que o acordo por isso não foi absolutamente livre, motivo pelo qual se intencionava rememorar os fatos à luz da atualidade constitucional e verificar, hoje, em um momento histórico

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 153, fls. 577, 578, 598 e 599

mais favorável e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito a validade jurídica do pacto¹²⁴:

Nestes termos, pode-se cogitar ter havido um acordo político para o perdão “aos dois lados”, mesmo que não explícito no texto legal e que se estabeleça uma imoral equivalência entre os atos resistência contra a tirania e os atos de repressão e violação à democracia e à ordem constitucional. Ocorre que a aproximação entre política e direito volta a ocorrer no âmbito de aplicação da lei, onde a separação é institucionalmente possível, no sentido de que aspectos políticos que não estejam explícitos no texto da lei tornam-se irrelevantes, pois, depois de promulgada a lei passa a ter existência autônoma e (...) **com base em suposta vontade da lei, lesiona o Estado de Direito ao permitir que possíveis acordos políticos tenham o condão de afastar o império da lei e as garantias às liberdades individuais** (sem grifos no original)

Quanto à necessidade de se revisitar ou não o tema, dando interpretação à validade do processo legislativo que culminou com o referido acordo político, destacam-se, aqui, trechos de alguns votos interessantes, cada um realizando análise do texto de forma singular.

Ministra Ellen Gracie¹²⁵:

Não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento

¹²⁴ ABRÃO, Paulo. **O alcance da lei da anistia**. Consulex. Ano XIV, nº 319, 30 de abril de 2010, p. 50.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 153. Inteiro teor do acórdão. Fls. 153 e 154

histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil (...). Não é possível viver retroativamente a história e nem deve-se disvirtuá-la para que se assuma contornos mais palatáveis.

Ministro Marco Aurélio¹²⁶

A política não se submete, sob o ângulo da oportunidade e conveniência da almejada justiça (...) Continuei dizendo que a anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Assentei também que anistia é virada de página definitiva, é perdão em sentido maior, desapego às paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural (...) é preciso apreciar a edição da Lei da Anistia não considerando o contexto atual, mas o da época.

Ministro Celso de Mello¹²⁷:

É certo que se mostra relativo, sob a perspectiva da interpretação jurídica, o método hermenêutico que se apóia nos exames dos debates parlamentares. Na verdade, o argumento histórico, no processo de interpretação, não se reveste de natureza absoluta nem traduz fator preponderante na definição do sentido e do alcance das cláusulas inscritas no texto e na Constituição. Este método interpretativo, contudo, qualifica-se como expressivo elemento de útil

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 153. Inteiro teor do acórdão. Fls. 155

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 153. Inteiro teor do acórdão. Fls. 177

indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinado texto normativo

Ministro Carlos Ayres Britto¹²⁸:

A coletividade não é o indivíduo. No indivíduo, o perdão é virtude. Na coletividade, pode não ser virtude e levá-la à situação tão vexatória do ponto de vista ético humanístico, de se olhar no espelho e ter vergonha de si mesmo. A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória.

Ao final, sobressaiu-se o voto do Ministro Relator, Eros Grau.

Por fim, restou consignado no Supremo Tribunal Federal o pensamento jurídico reproduzido, aqui, de forma didática, por Tarso Genro¹²⁹:

A compreensão majoritária nos meios jurídicos, até agora, foi que: primeiro, houve “anistia recíproca”; segundo, que esta foi sustentada por um contrato político inscrito na Constituição de 1988, orientado pela Lei de Anistia de 1979 e terceiro, que o Estado Democrático de Direito assimila, sem pudor, tal compreensão de anistia – ou seja, os que deram sustentação à violação dos direitos humanos poderão anistiar a si mesmos, mesmo que isso implique o ingresso, na ordem jurídica democrática nova, de um traço essencial do regime de exceção: a designação autoritária de quem perdoa e é perdoado. Com esta visão da História, é possível acolher a **visão da suposta igualdade entre valor e**

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº 153. Inteiro teor do acórdão. Fls. 135

¹²⁹ GENRO, Tarso. **Teoria da Democracia e Justiça de Transição**. Belo Horizonte: EdUFMG, 2009, p. 18 e 19.

responsabilidade, entre vencedores e vencidos. As conseqüências são graves, pois isso implica em concluir que a ordem democrática pode ser rompida tranquilamente, a partir da força, com a expectativa de que já estão dados os critérios políticos do perdão (sem grifos no original)

Como se disse, a responsabilidade de se interpretar questão tão plurissignificante, de denso conteúdo histórico, democrático e institucional é enorme. Porém, para *Peter Härbele* o debate não pode ficar restrito aos intérpretes oficiais. Embora tenha havido participação de alguns grupos na condição de *amicus curie*, se percebe que o debate não se findou.

A sociedade continuará a questionar as bases da decisão e aguarda-se julgamento da Corte Interamericana de Direito. Neste sentido, vale até mencionar as experiências do Chile, Argentina e Uruguai que consideraram nulas suas leis de autoanistia.¹³⁰

Neste sentido, e considerando o aceno de condenação da Corte Internacional de Justiça no caso da operação Araguaia, é salutar repensar no passado, pois embora o Supremo Tribunal Federal tenha julgado - *a priori* definitivamente - a questão, poderá se ver às voltas com a sociedade aberta questionando suas decisões, principalmente a comunidade internacional.

CONCLUSÃO

¹³⁰ PIOVESAN, Flavia. **Memória, Verdade e Justiça**. In Revista Bimestral da Fundação Perseu Abramo. Nº 87, ano 23, março/abril 2010: “Em 2005, decisão da Corte Suprema de Justiça Argentina considerou que leis de anistia impediam o julgamento de violações cometidas no regime repressivo de 1976 a 1983 e eram incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No Chile, o decreto que previa anistia na era Pinochet foi invalidado por sistema interamericano. No Uruguai, militares têm sido condenados criminalmente, cita-se a decisão do ditador Juan Maria Bordaberry”

Independente do acerto ou desacerto da questão, deve-se reconhecer, como louvável, que tantos argumentos puderam ser livremente discutidos pelos ministros da Corte, o que seria impensável em outros momentos históricos do constitucionalismo brasileiro.

Mas o que se percebe é que mesmo com a suposta pedra colocada pelo STF na questão, verifica-se que o debate não findou. É possível - em um Estado Democrático de Direito - discordar e discutir decisão do Supremo, e continuar de forma salutar os debates, pois, é com base neles que há indispensável amadurecimento social democrático. Aliás, tal idéia se ancora na razão comunicativa, inspirada na obra de *Habermas*¹³¹ e indica caminho para os fins almejados em uma sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.

O modelo de jurisdição constitucional brasileiro caminha para o entendimento de que é necessária e imperiosa a manifestação da “sociedade aberta” nas discussões sobre a interpretação constitucional, de forma que se contemple o Estado Democrático de Direito idealizado pelo próprio texto constitucional e se reafirme o caráter pluralista da sociedade desenhada por ele.

Porém, a participação da sociedade aberta não se restringe à jurisdição constitucional. Ao invés, ultrapassa e perpassa ela, no sentido de melhor compreender a própria identidade e avançar democraticamente. A constante discussão cabe-nos, como sociedade, em circunstância tão impar na qual é possível revisitar o passado, de modo a reafirmar sua não repetição. Nas palavras de Boaventura, esta experiência é singular para o Brasil, no contexto da América Latina:

[...] momento em que tanto a América Latina quanto a península Ibérica vêm ressurgir, do seio da sociedade representada em instituições e movimentos civis

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002

organizados, lutas por justiça histórica, memória e contra o esquecimento, com o claro objetivo de não permitir que o olvido apague do espaço público as marcas da repressão, de modo a usar a memória como sinal de alerta permanente

Portanto, cabe-nos, como “sociedade aberta”(ou pretensa sociedade aberta) acompanhar o deslinde definitivo da questão, e intensificar debates que tratem de nossa identidade e nossa memória, principalmente completando a idéia do círculo hermenêutico proposto por Gadamer¹³². Neste sentido, aguarda-se o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos e o julgamento – mais um – do STF sobre a questão sobre direito e memória, no qual a Corte Suprema vai se debruçar sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 11.111/2005, acerca dos arquivos públicos.

O tema voltará à discussão: mais uma oportunidade de pensarmos o passado, como forma salutar de viver o futuro. Espera-se que esta volta ao passado não seja gratuita.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABRÃO, Paulo. O alcance da lei da anistia. *Consulex*. Ano XIV, nº 319, 30 de abril de 2010, p. 50.

ABRÃO, Paulo *et alli*. Justiça de Transição no Brasil: O Papel da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. *In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 01, jan/jun de 2009.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. A reparação no contexto da Justiça de Transição Brasileira: as dimensões reparatorias da Comissão de Anistias. *In:*

¹³² GADAMER, Hans Georg. O problema da consciência histórica. Org. Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 02, jul/dez 2009.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Lei da Anistia: instalada a controvérsia. In: Revista Bimestral da Fundação Perseu Abramo. Nº 79, ano 22, novembro/dezembro 2008, p. 36-39.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BICUDO, Helio. Anistia Disvirtuada. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais 53, março abril de 2005, ano 13.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GADAMER, Hans Georg. O problema da consciência histórica. Org. Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GENRO, Tarso. *Teoria da Democracia e Justiça de Transição*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2009.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em 22 jun 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

NEPOMUCENO, Eric. O direito à memória: uma lei discutível, palavras que envergonham. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o->

[direito-a-memoria-uma-lei-discutivel-palavras-que-envergonham](#)>. Acesso em 26.01.2011

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Modernidade, tempo e Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIOVESAN, Flavia. Memória, Verdade e Justiça. *In* Revista Bimestral da Fundação Perseu Abramo. Nº 87, ano 23, março/abril 2010

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os caminhos das democracias e as memórias políticas *In*: Repressão e Memória Política no Contexto Ibero Brasileiro : estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. -- Brasília : Ministério da Justiça, Comissão de Anistia ; Portugal : Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010,

SOARES, Inês Virgínia Prado. Acesso à documentação governamental e o direito à memória e verdade: análise do projeto de lei. *In*: Revista Internacional de Direito e Cidadania, nº 04, junho/2009, p. 55 -62.

**LEGITIMIDADE DAS DECISÕES EM SEDE DE JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL:**

parâmetros para uma análise do discurso jurídico no Brasil

Guilherme Pupe da Nóbrega

Advogado especialista em Direito Constitucional e
Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de
Direito Público (IDP).

DOI 10.11117/9788565604000.06

RESUMO: Este trabalho intenta investigar os possíveis limites que deverão pautar a jurisdição constitucional quanto à escolha dos fundamentos adotados pelo discurso jurídico que emprega em seus debates. A finalidade é que, com base em parâmetros minimamente objetivos, seja possível à sociedade aferir a legitimidade — escorada na segurança jurídica que proporcionem — de decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional.

Palavras-chave: jurisdição constitucional. Política. Direito. Ativismo judicial. Hermenêutica constitucional.

Abstract: This work intends to investigate the virtual limits that may restrict the constitutional jurisdiction on its choices and reasons regarding to its juridical speech. The examines the political function exercised by the constitutional jurisdiction on behalf of State's own interest. The three main forms of that manifest are studied: interpretation and constitutional effectivity, control of constitutionality and judicialization of politic issues. These concepts are developed to help a further exam of themselves.

Keywords: constitutional jurisdiction. Politics. Law. Judicial review. Judicial activism. Constitutional hermeneutics.

SUMÁRIO

Introdução; 1 Premissas necessárias; 1.1 O atual momento vivido pelo Direito Constitucional; 1.2 A nova dogmática constitucional: regras e princípios e Constituição como ordem de valores; 1.3 O papel da jurisdição constitucional no atual panorama do Estado Constitucional de Direito; 2 Os principais

instrumentos utilizados em sede de jurisdição constitucional; 2.1 Hermenêutica constitucional; 2.2 Juízo de ponderação; 3. Limites a um discurso jurídico legítimo em sede de jurisdição constitucional; 3.1 Fundamentação racional; 3.2 Razoabilidade; 3.3 Proporcionalidade e núcleo essencial dos princípios; 3.4 Aprovação social e sociedade aberta dos intérpretes; 3.5 Natureza excepcional da ponderação e da hermenêutica; 3.6 Primazia dos direitos fundamentais; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O propósito em tela visa a, a partir de diversas teorias, identificar os limites adotados pela jurisdição constitucional brasileira em seu discurso jurídico como forma de legitimá-lo democraticamente.

Melhor explicando, esta investigação se debruçará sobre o balizamento da argumentação jurídica que conduz a jurisdição constitucional em seu processo de tomada de decisões quando não é possível ou razoável realizar a mera subsunção dos fatos às regras, ou quando os métodos tradicionais¹³³ de interpretação forem insuficientes. Ocupar-se-á precisamente disto: com base em uma análise dos principais instrumentos de que se vale a jurisdição constitucional na proteção à Constituição — hermenêutica¹³⁴ e juízo de ponderação¹³⁵ —, elencar limites ao seu processo decisório para possibilitar a aferição de sua legitimidade democrática no exercício da função ativa que tem desempenhado.

¹³³ Interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331.

¹³⁴ A hermenêutica constitucional “exprime aquela porção da Teoria da Constituição que vai propiciar o facilitado entendimento de toda e qualquer norma em particular de Direito Constitucional originário.” BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 144.

¹³⁵ “A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 55.

2 PREMISSAS NECESSÁRIAS

Como dito acima, o trabalho em comento cuidará dos limites ao papel que vem sendo protagonizado pela jurisdição constitucional no atual panorama do Estado Democrático de Direito, com especial ênfase no modelo brasileiro.

Antes, porém, de se ingressar no exame do cerne da questão, impende estabelecer algumas premissas que nortearão o presente exame.

2.1 O atual momento vivido pelo Direito Constitucional

Com uma função que se presta a conferir efetividade à pretensão de eficácia dos dispositivos constitucionais, o exercício da jurisdição constitucional tem dado origem a decisões que, oriundas de uma atuação cada vez mais ativa, vêm repercutindo em diversos níveis de poder da sociedade e do Estado, fazendo surgir temas que têm dominado a disciplina do Direito Constitucional.

Está inserida nesses debates a discussão sobre a necessidade de se estabelecer limites — e quais seriam esses — à atuação da jurisdição constitucional na implementação dos direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade, surgindo diversas teorias que buscam traçar parâmetros minimamente objetivos que delineiem contornos para um exercício legítimo da Corte Constitucional na salvaguarda da Carta.

Tendo por delimitado o foco deste artigo, tem-se que a expansão do poder do Judiciário tem dado ensejo à produção de diversos trabalhos, em nível global¹³⁶, que buscam identificar as causas e consequências desse fenômeno. Hipóteses são levantadas no sentido de que o papel protagonista

¹³⁶ TATE, C. Neil; VALLINDER, Torbjorn. *The Global expansion of judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

do Judiciário, mormente da jurisdição constitucional, se deveria à maior estabilidade e segurança jurídica proporcionados pela via judicial que pelo legislador ordinário. Outra corrente vê na “falência dos parlamentos”¹³⁷ o motivo pelo qual têm os tribunais avocado para si o cumprimento das “promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.”¹³⁸ O que todos concordam, porém, é que no último século, após o surgimento da jurisdição constitucional, essa ganhou força na exata medida em que as Constituições ganharam efetividade (ou vice-versa). O “Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser uma tarefa permanente.”¹³⁹

Essa evolução surge demandada pelas necessidades impostas pela superação do modelo anterior¹⁴⁰, em que, num contexto histórico que sucedeu as duas Grandes Guerras e a ascensão de regimes totalitários na América Latina:

A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A Constituição já não mais se restringe ao estabelecimento de limites aos poderes estatais e a

¹³⁷ “É notório que os Parlamentos não dão conta das ‘necessidades’ legislativas dos Estados contemporâneos; (...) As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados. (...) O modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldades em encontra porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. (...) Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14-15.

¹³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Revista de Direito GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 442-443, jul./dez. 2009.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 60.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 26-27.

organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos “valores fundamentais” da ordem da vida em comum.¹⁴¹

Quanto ao ponto, Louis Favoreu, ao elencar as principais mudanças do constitucionalismo atual em relação ao dogmatismo anterior, nos traz:

a) a dessacralização da lei: as experiências de guerra, notadamente do fascismo e do nazismo provocaram o fenômeno conhecido como ‘dessacralização’ da lei; o legislador não é mais infalível; o Parlamento pode se enganar; a lei pode causar dano à liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos; é, portanto, necessário proteger-se também contra ela e não mais exclusivamente contra os dados do poder executivo; a lei não está mais no centro do sistema normativo; b) a expansão das constituições e do constitucionalismo devido ao fenômeno da descolonização que fez elevar o número de Estados no mundo de uma quarentena da guerra para mais de duas centenas hoje em dia e provocou a multiplicação dos textos constitucionais e, ao mesmo tempo, sua modernização; c) a difusão internacional da ideologia dos direitos do homem através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Européia dos Direitos do Homem em 1950, que coloca em primeiro plano o indivíduo em face do Estado e modifica profundamente as perspectivas de organização do poder; d) enfim o aparecimento da Justiça constitucional — sob uma nova forma — como elemento fundamental dos sistemas constitucionais europeus é considerada, cada vez mais, como um dado decisivo, porque sem ele, e a despeito dos outros elementos acima citados, pode-se pensar que a evolução constatada não teria ocorrido.¹⁴²

O constitucionalismo moderno, pois, como visto, emerge como uma “trincheira ideal e de extrema defesa que o homem livre tem erigido contra temidos retornos de uma época de terror, de pressão, de tirania, uma época

¹⁴¹ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia*. Madrid:Trotta, 2000, p. 40.

¹⁴² FAVOREU, Louis. *A evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês*. In: *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 215.

que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram.”¹⁴³

Especificamente no Brasil, vale lembrar o fortalecimento do constitucionalismo após 1988, com uma Constituição que buscou canalizar demandas sociais e que culminou numa “Carta-compromisso’ de transformação social do país”. Importantes questões políticas foram “judicializadas”,¹⁴⁴ acompanhando uma tendência mundial em que “o modelo principiológico adotado pelo *Welfare State*, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca imaginados.”¹⁴⁵

É cunhada — e ganha força na academia — uma teoria constitucionalista de vanguarda (“pós-positivista” ou “neoconstitucionalista”) que conclui por um “novo” Direito Constitucional no qual há: uma superação do positivismo normativo; a ascensão dos valores; reconhecimento normativo dos princípios; e essencialidade dos direitos fundamentais.¹⁴⁶ e ¹⁴⁷ Há, ademais, uma virada radical quanto ao método e a ótica sob a qual se divisa a ciência constitucional. A atenção se desloca para a indeterminação do

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 25.

¹⁴⁴ LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. Cadernos de Pesquisa, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997, p. 28.

¹⁴⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 41.

¹⁴⁷ André Rufino do Vale sintetiza os paradigmas do neoconstitucionalismo: a) a importância dada aos princípios e valores; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico; d) o protagonismo dos juízes na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007, p. 136-137.

Direito e para os casos de difícil solução, não mais encarados como excepcionais, mas como centro da nova agenda da teoria do direito.¹⁴⁸

Nesse novo cenário, há a quebra de paradigmas até há pouco inabaláveis. A jurisdição constitucional sai, gradativamente, de um “*judicial self restraint*” quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar¹⁴⁹ para desempenhar um papel mais ativo na apreensão e criação do Direito¹⁵⁰, atuando como verdadeira concretizadora das funções políticas do Estado. Passa-se, assim, a ser admitida a possibilidade de que “um tribunal constitucional ultrapasse o limite imposto a ele” e, aplicando a Constituição, “pratique realização política”.¹⁵¹

Como consequência, o foco da atenção científico-acadêmica se desloca do legislador para o juiz. Uma nova agenda propõe que se cuide não mais de convenções do passado, mas da indeterminação do Direito e dos casos considerados de difícil solução.¹⁵²

Este, pois, o momento atual: “enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito,”¹⁵³ no âmbito da qual (i) o

¹⁴⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21, vol. I, 1998, p. 212.

¹⁴⁹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

¹⁵⁰ Essa ruptura fica flagrante a partir da leitura da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em que, em seu capítulo 8, no ponto 2 (a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade), diferentemente das edições anteriores, há uma inovação no conteúdo sobre a interpretação autêntica, que sai da mera interpretação dos enunciados normativos para, ativamente, e valorando princípios abertos, efetuar uma escolha dentre as possibilidades interpretativas existentes. KELSEN, Hans *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 42-46.

¹⁵¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

¹⁵² CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21, vol. I, 1998, p. 211 e 215.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

aspecto político prepondera sobre o jurídico; e (ii) Cortes Constitucionais, no exercício de sua função, se afastam do modelo do “legislador negativo” e do *judicial self restraint* para exercer, ativamente, função política de Estado.

2.2 A nova dogmática da Constituição: regras e princípios e Constituição como ordem de valores

Com essas mudanças, são estabelecidas novas premissas. Antes, com o positivismo, o Direito extraía a legitimidade de sua aplicação das próprias normas¹⁵⁴. Hodiernamente, o Direito passa a ser encarado como um “sistema aberto de valores.” A Constituição, por sua vez, é tida como “uma densa rede axiológica de vasos comunicantes.”¹⁵⁵ Um conjunto de regras e princípios destinados à realização daqueles mesmos valores, funcionando esses, especificamente — os princípios, que ganham normatividade e passam a ser tratados como mandamentos de otimização¹⁵⁶ —, como “principal canal de comunicação entre valores e sistema jurídico.”¹⁵⁷ Leciona Ingo Sarlet que:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e especialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre J. J. Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em

¹⁵⁴ Essa ideia possui como raiz remota a chamada “regra de reconhecimento”, de Hart. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Pós-escrito editado por Penélope A Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 104.

¹⁵⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁵⁶ “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35

parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.¹⁵⁸

A mudança de enfoque acima descrita, da dogmática normativa à Constituição como um conjunto de valores, impõe que o “instrumento decisivo do ‘método’ de interpretação constitucional não é mais a subsunção, mas a retórica e o argumento.”¹⁵⁹ Outros sistemas normativos e disciplinas — em especial a Filosofia e a Sociologia — são invocados para aplicação do Direito como forma de “resolver os problemas com um contexto de justificação um pouco superior à mera intuição.”¹⁶⁰

Nesse contexto, tanto as regras como os princípios são encarados como normas, podendo, ambos, ser “formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.” Princípios são, assim como as regras, “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”¹⁶¹

Essa distinção se afigura importante porque influencia diretamente no método de apreensão da norma pela jurisdição constitucional, de modo que, se princípios podem ser considerados “sempre razões *prima facie*”, juízos axiológicos, enquanto as “regras são (...) razões definitivas”¹⁶², deontológicas, disso é possível depreender que, a partir da interpretação pelo juízo, naqueles há um espaço mais amplo para construção da norma, enquanto que nessas o leque de possibilidades hermenêuticas é deveras reduzido.

Como afirmado antes, após o período positivista que culminou no panorama que ora é examinado, a Constituição passou a ser considerada

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 61.

¹⁵⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 153.

¹⁶⁰ Tradução livre de CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, vol. I, 1998, p. 213.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁶² *Ibidem*, p. 106.

uma compilação axiológica. Nesse ínterim, é certo que os valores homenageados não poderão ser encarados como estáticos pela jurisdição constitucional. Surge, então, como problema, a forma de preenchimento, adequação, harmonização e maturação do conteúdo desses valores em sede de jurisdição constitucional.

2.3 O papel da jurisdição constitucional no atual panorama do Estado de Direito

A jurisdição constitucional, utilizando-se da hermenêutica e da ponderação, traduz a “vontade da constituição”¹⁶³, conferindo-lhe efetividade. Nesse exercício, cria o Direito,^{164 e 165} “produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos elementos normativos incidentes” sobre um conjunto de fatos¹⁶⁶, em prática que, além de necessária face às mudanças sociais¹⁶⁷, busca suprir a carência de alternativas que poderiam “garantir uma maior medida de segurança jurídica do que o modelo de regras e princípios.”¹⁶⁸

E é objetivamente sobre a apreensão desses valores sociais incrustados na Constituição, mormente através dos princípios, e sua efetivação através do “redimensionamento do papel do jurista e do Poder

¹⁶³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 155-156.

¹⁶⁵ SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. In: *Direito Público*, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez. 2003, p. 61.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 345.

¹⁶⁷ “A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

Judiciário”¹⁶⁹ (em especial da jurisdição constitucional), que reside o cerne da celeuma abordada por esta investigação.

Fazendo uso da hermenêutica e do juízo de ponderação, é inevitável que os magistrados das Cortes Constitucionais criem¹⁷⁰ o Direito, pensando até o fim o que foi antes pensado pelo legislador. Se “interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize.” Afinal, o sentido de algo geral “só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.”¹⁷¹ Bem a respeito, Inocêncio Mártires Coelho leciona que:

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, em rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos (...).¹⁷²

Há, contudo, sim, que impor limites objetivos para que os componentes do Tribunal Constitucional, indissociáveis de seus juízos de pré-compreensão, não confundam valores próprios com aqueles homenageados pelo Constituinte originário, desvirtuando-os subjetivamente. A essa problemática de juízos valorativos subjetivos alia-se a ausência de um método objetivo de valoração. Lapidares, a esse respeito, as lições de Kelsen:

(...) a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de eqüidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. (...) na falta de uma precisão

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁰ “A norma é constituída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

¹⁷¹ Hans-Georg Gadamer *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso... op. cit.*, p. 125.

¹⁷² *Idem*, p. 80.

desses valores, tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. **Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto conforme o ponto de vista dos interessados (...) No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que encontramos nas Declarações de direitos individuais se apagará facilmente**, e, portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve, por conseguinte aplicar. **Mas nesse caso a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei.**¹⁷³ (Grifo não-original)

No que pode ser arrematado por Lênio Streck:

O fato de não existir um método que possa dar garantia a ‘correção’ do processo interpretativo — denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito — não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (lembramos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico.¹⁷⁴

Ora, a tendência, onde haja democracia, é que o controle de constitucionalidade seja realizado por órgão estranho àquele responsável pelo processo legislativo. Emerge, contudo, “a questão do conflito entre o ideal de o povo se autodeterminar com o postulado de que deve haver limites às deliberações do mesmo povo.”¹⁷⁵ Isso se agrava ainda mais quando se tem em conta que “quanto mais Constituição, maior limitação.”¹⁷⁶

¹⁷³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168-169.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 192-193.

¹⁷⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

¹⁷⁶ MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*.

Referido paradoxo tem sido chamado de “dificuldade contramajoritária”¹⁷⁷, e, com ela, surge a questão que permeará este empreendimento e que sintetiza a pergunta-problema: é possível identificar parâmetros e limites ao discurso jurídico — e quais seriam — que confirmam objetividade ao processo decisório da jurisdição constitucional brasileira na extração dos valores constitucionais e possibilitem a aferição de sua legitimidade para conformá-la com a democracia? Essa limitação pretenderia evitar uma tirania da Corte Constitucional em que a subjetividade irrestrita do juízo valorativo conduza a uma “dissolução de conceitos e métodos jurídicos”, a uma “luta eterna de (...) ideologias” e a uma “guerra de todos contra todos.”¹⁷⁸

É assente nos trabalhos mais recentes que a jurisdição constitucional atua por “decisão do próprio povo, titular do poder Constituinte originário”,¹⁷⁹ legitimada¹⁸⁰ para/pela defesa da ordem constitucional.¹⁸¹ Porém, que parâmetros deverão pautar, objetivamente, o procedimento decisório da jurisdição constitucional nessa “garantia de direitos”? É certo que o fim último será a Constituição, que funcionará também como o próprio limite, mas como

Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 180.

¹⁷⁷ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. *La tirania de los valores*. In: Revista de Estudios Políticos, jan./fev. 1961, p. 67-75.

¹⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁰ Também nesse sentido: “Quanto do problema da legitimidade resta, uma vez que a jurisdição constitucional está estabelecida pela própria Constituição?” SCHLINK, Bernard, *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁸¹ “(...) os direitos fundamentais (...) são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 546.

aferir a legitimidade do método utilizado na flexibilização de um valor em detrimento de outro? A verdade é que, por vezes, não haverá “a” resposta jurisdicional correta. Deverá haver, entretanto, a resposta jurisdicional mais bem fundamentada, cuja legitimação se dará, também, por limites procedimentais que tornem possível o aferimento da legitimidade. Sobre a importância desses limites à legitimidade da decisão e desses instrumentos de controle do discurso, Alexy aduz que:

Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele (discurso jurídico) é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.¹⁸²

Na investigação desses parâmetros para um “controle racional”, esse trabalho aborda o discurso jurídico tendo por foco justamente o que o distingue — enquanto espécie — do seu gênero discurso prático geral: no discurso jurídico, a discussão “ocorre com certas limitações.”¹⁸³ Que limitações, pois, seriam essas?

Fazendo-se referência à premissa anteriormente fixada, que trata o Direito como um sistema aberto de valores, e tendo por noção de abertura a incompletude do conhecimento científico, o labor em tela ganha relevância na medida em que busca ambiciosamente lapidar teorias para, massificando conhecimento, analisar quais desses “limites” vêm sendo/devem ser adotados pela jurisdição constitucional brasileira.

¹⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 548.

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

Não há aqui, absolutamente, a intenção de se traçar regras que subordinem o processo interpretativo em sede de jurisdição constitucional, mas, isto sim, responder às indagações formuladas acima, definindo conceitos e estabelecendo premissas para, ao fim, lograr apontar limites minimamente objetivos ao processo decisório no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, limites, esses, consagrados pela adoção por parte da própria Corte e que condicionarão o exercício legítimo dessa na reta defesa da Constituição, impedindo desvirtuações e deturpações subjetivas.

3 LIMITES A UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Considerações preliminares

Tendo-se o Estado como a grande consequência do poder político institucionalizado e a Constituição como sua norma fundamental, “então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os fatores reais de poder.” Esse controle foi atribuído à jurisdição constitucional, que, julgando embates políticos e realizando o juízo de conformação das espécies normativas, tudo segundo a Carta, desempenha função política de interesse do próprio Estado enquanto necessidade de autopreservação. Nesta análise, interpretando os enunciados abertos da Constituição, o tribunal constitucional, como afirmado alhures, efetivamente cria o Direito.^{184 e 185}

Ao definir conceitos e criar normas constitucionais, o exercício da jurisdição constitucional deverá, também ele, sofrer parâmetros de controle. Esse controle não poderá, *a priori*, ser técnico (uma vez que a jurisdição

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso...*, *op. cit.*, p. 155-156.

¹⁸⁵ SEGADO, Francisco Fernández. *Op. cit.*, p. 61.

constitucional, ela própria, exerce esse controle) e nem atécnico¹⁸⁶ (porque os componentes do Supremo Tribunal Federal, que protagoniza o exercício da jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro não são eleitos). O controle será deslocado, então, para o âmbito da própria Corte Constitucional, no seu processo de amadurecimento institucional e de revisão de posicionamentos, e para o “espaço público” (*die Öffentlichkeit*),¹⁸⁷ ou para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — é dizer: a sociedade, ela o destinatário final da jurisdição —, que se deterá sobre o discurso jurídico adotado como fundamento da decisão.

Mas, para exercer esse controle, é necessário, antes, que se definam parâmetros mínimos de aferição da legitimidade de uma decisão tomada pela jurisdição constitucional através da identificação de sua construção argumentativa. A proposta desse artigo é a de que o principal desses parâmetros seria a exigência de uma fundamentação racional, colhida segundo a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que deverá, necessariamente, observar como pilares (ou ao menos como alguns deles): (i) a excepcionalidade da hermenêutica e do juízo de ponderação, apenas utilizáveis quando não for possível a subsunção do fato à regra ou quando os métodos ordinários de interpretação houverem falhado¹⁸⁸; (ii) a unidade da Constituição, consubstanciada no núcleo essencial dos princípios de modo que uma ponderação que homenageie um princípio em detrimento do outro não elimine, por via transversa, a eficácia deste; e (iii) a razoabilidade, entendida como uma limitação à subjetividade dos componentes da Corte Constitucional, vinculando-os à história constitucional para preservar,

¹⁸⁶ Por controle atécnico, aqui, entenda-se a chancela democrática conferida pelo povo através de eleições: a depender da concordância ou discordância do o papel desempenhado pelo eleito, poderá, ou não, haver sua reeleição. Como no Brasil os Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos diretamente, e gozam da vitaliciedade, não há que falar em controle atécnico.

¹⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁸ "No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece." CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 212.

coerentemente, a integridade da consagrada visão constitucional de justiça e equidade, enraizada nos princípios enquanto canais de comunicação entre os valores sociais e o sistema jurídico.

Note-se, porém, que a despeito de a jurisdição constitucional, inserida numa sociedade plural, dever envolver-se com o máximo de interpretações possíveis para formular uma decisão imparcial, seu trabalho hermenêutico não poderá dissolver-se num sem-número de audições, sob pena de restar prejudicada sua função de, interpretando a Constituição, conferir o máximo de objetividade possível às diversas subjetividades.¹⁸⁹

Ou seja, uma vez impossibilitado um “amplo consenso acerca de conteúdos, grande parte das teorias democrático-deliberativas se alicerça em concepções procedimentais da legitimidade.” O entendimento é que, ao revés, haveria a possibilidade de “consenso a respeito das condições procedimentais da democracia, que seriam neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas compreensivas que habitam as sociedades contemporâneas.”¹⁹⁰ Assim, haveria uma aproximação com a teoria da “legitimação pelo procedimento”, de Luhmann,¹⁹¹ exclusivamente no que toca ao processo de tomada de decisões, sem, contudo, desprezar-se o conteúdo dessas mesmas decisões, que serão ponderadas com base em outros critérios (e.g. proporcionalidade, unidade da Constituição).

A hipótese oferecida aponta no sentido de que a jurisdição constitucional, prevista na própria Constituição como protetora/concretizadora dos direitos fundamentais, possui uma presunção de legitimidade democrática.¹⁹² Contudo, esses pressupostos não lhe conferem “carta

¹⁸⁹ Nesse sentido, conferir PERELMAN, Chaim *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 6-7.

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 317.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

¹⁹² Além disso: “(...) Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional não é maior, nem menos, do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e

branca” para, arbitrariamente e destituída de fundamentos, interpretar a Constituição para preenchê-la segundo as ideologias e paixões de seus membros, sendo necessário que seu processo de tomada de decisão atenda a alguns limites.¹⁹³

Em suma, a jurisdição constitucional deverá obedecer a certos limites que funcionem como parâmetros de controle de seu discurso no seu processo de criação do Direito, tanto para servirem de base de identificação da construção argumentativa levada a cabo, quando para conformá-la com a democracia, legitimando suas decisões não apenas em razão da fonte da qual provêm, mas porque racionalmente embasadas, refletindo, de forma coerente, os valores constitucionais. Convém reiterar que esse artigo não tem a ambição de estabelecer uma receita para tomada de decisões que vise a atingir à “resposta correta”.¹⁹⁴ (se é que existe uma única resposta correta

forçosamente, uma legitimidade democrática. (...) É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados — em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado — que eles podem invalidar actos com força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar (...).” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. 6, p. 117 e 121.

¹⁹³ É claro que se pode atalhar o problema, como aliás já foi aqui dito, dizendo que a base da legitimidade está na Constituição! Só que tão expedita ideia de legitimação é não só excessivamente formal — morre com a letra da sua própria afirmação — como nos remete para a legitimação da Constituição, ela própria. Além disso, não resolve o problema de saber qual é a medida de legitimidade desta instituição, Tribunal Constitucional, dentro da Constituição a que pertence, no equilíbrio com as restantes instâncias e procedimentos.” PIREZ, Francisco Lucas. *Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 167-168.

¹⁹⁴ “Na medida em que apenas aponta regras formais acerca de como se argumenta racionalmente (as condições de uma situação ‘ideal de comunicação’) a teoria do discurso apenas pode legitimar a constatação de que um consenso se formou de um modo formalmente correto, não pode pretender alcançar a verdade ou a correção de um algo com conteúdo, por exemplo, de normas. O discurso racional originador de consenso, enquanto tal, não diz o que é verdadeiro ou correto, nem o que devemos fazer. Ele não substitui o conhecimento e a experiência de parceiros de discurso, antes presume a habilidade destes. Só quando os parceiros de discussão dão ao discurso um conteúdo, um ‘tema’, que não seja o próprio discurso (sendo que a fixação precisa deste tema, geralmente, somente se verifica com o decorrer do discurso), pode este conduzir a resultados verdadeiros ou corretos.” KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 205.

para as questões enfrentadas pela jurisdição constitucional), mas, sim, na verdade, identificar os instrumentos utilizados pela jurisdição constitucional na fundamentação de suas decisões, essas com pretensão de correção, bem como testá-las segundo aqueles mesmos limites delineados.¹⁹⁵

Para exata compreensão desse ponto, alguns desses parâmetros/limites, extraídos de diversas teorias, podem ser brevemente consolidados na forma seguinte:

3.1.1 *Fundamentação racional*

É imperioso, até pelo espírito da norma incrustada no artigo 93, IX, da Constituição Brasileira, que todas as decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional sejam devidamente fundamentadas, embasadas de forma coerente na lógica e na argumentação jurídica desenvolvidas.¹⁹⁶ Esse raciocínio impõe ainda que, quando a decisão da Corte Constitucional caminhar para a superação de precedentes anteriores, esse ônus argumentativo será ainda mais agravado, sob pena de instalar-se a insegurança jurídica.¹⁹⁷

A fundamentação terá, ademais, outras funções: desde a contenção do julgador, até a abertura à “crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão”, com a “consequente possibilidade de reavaliação do decidido.” Isso funcionará, ainda, como “mecanismo assecuratório de racionalidade da

¹⁹⁵ A história ensina que “la pretensión de construir teorías abstractas y generales que reduzcan la indeterminación del derecho es una quimera.” CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 213. Por isso mesmo, reitera-se, o objetivo desta pesquisa é identificar os parâmetros que delineiam a forma com que a jurisdição constitucional no Brasil lida, justamente, com a indeterminação do Direito, especialmente o Direito Constitucional.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos...*, p. 165.

¹⁹⁷ “El Tribunal Constitucional no está sometido a sus propios precedentes, pero que duda cabe de que los frecuentes cambios em su doctrina empobrecen la legitimidad de su obra.” VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 89.

jurisdição constitucional, robustecendo a sua legitimidade”¹⁹⁸ dentro do sistema na medida em que lhe sujeita ao controle democrático.

Nessa mesma linha, Paulo Gustavo Gonet Branco, citando Chäim Perelman, ensina que a jurisdição constitucional não mais se limita à mera apreensão de conclusões a partir de “premissas inequívocas estabelecidas pelo julgador. Impõe-se que a decisão seja justa e ela o será – adverte-se na linha não-legalista – ‘se puder ser justificada por meio de razões suficientes, mesmo que não sejam peremptórias.’”¹⁹⁹

Quanto ao ponto, Alexy assevera que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.”²⁰⁰ E aqui, note-se, fica evidente que referido juízo, não obstante seja um ato de vontade²⁰¹, deverá estar calcado em fundamentos racionais coerentemente desenvolvidos como condição de sua legitimidade.

O discurso jurídico deve conter argumentos que, juntos, façam sentido, podendo ser considerados como manifestações legítimas do conteúdo de uma norma.²⁰²

Com esse parâmetro limitativo, pretende-se diminuir a criticada subjetividade dos membros da Corte, suscetível de deturpar-lhes a visão

¹⁹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 239-240.

¹⁹⁹ PERELMAN, Chäim *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 6-7.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 165.

²⁰¹ Mesmo o positivismo *kelseniano* vê na interpretação do julgador um ato de vontade e de criação jurídica: “(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito — no ato do tribunal, especialmente. (...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 258-260.

²⁰² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

quanto aos princípios e valores constitucionais, exigindo-se-lhes um esforço argumentativo racional que possa resultar numa regra universal²⁰³, com fundamentos que “tendencialmente possam ser aceitos por todos”²⁰⁴, capaz de conferir certeza e segurança jurídicas à sociedade.

3.1.2 Razoabilidade

A razoabilidade deve ser entendida como uma faculdade relativa à concepção individual acerca do bem e à doutrina compreensiva — através da qual o indivíduo busca realizar o seu projeto de vida, selecionando fins últimos e os meios adequados para alcançá-los. A razoabilidade, pois, levará em conta precisamente a perspectiva do outro, tendo o papel justamente de condicionar o que vem a ser uma decisão racional. Qualquer doutrina que viole a razoabilidade não pode ser legitimamente sustentada num contexto democrático-pluralista.

Trata-se de mais uma limitação à subjetividade dos componentes da Corte Constitucional, vinculando-os à história constitucional para preservar, coerentemente, a integridade da consagrada visão constitucional de justiça e equidade, enraizada nos princípios enquanto canais de comunicação entre os valores sociais e o sistema jurídico. Busca-se conciliar decisões racionalmente tomadas no passado — a Constituição — com uma aceitação social no presente, ou seja, conformar história e justiça.²⁰⁵ e ²⁰⁶ Deve haver, por conseguinte, uma sintonia entre a interpretação e a ponderação, adequadas para um fim constitucionalmente legítimo.

“A interpretação — e sobretudo a interpretação do direito constitucional — implica uma ‘recriação’ do passado ‘à luz’ do presente e, em

²⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 140.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 317.

²⁰⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 150.

²⁰⁶ Na mesma linha, para Dworkin, a mencionada coerência se assemelha a um romance em cadeia. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275.

particular, uma ‘reconstrução’ do conceito de justiça.”²⁰⁷ Nesse processo de reconstrução, há que ser considerado o processo de amadurecimento valorativo e interpretativo. A história de um princípio não dará saltos.

Dizendo de outro modo, a interpretação implica um ato de compreensão histórica. Para que seja minimamente possível atribuir aos resultados hermenêuticos algum grau de certeza, devemos nos valer, em termos empíricos, da experiência, é dizer, da experiência vivida historicamente.²⁰⁸ É certo que a hermenêutica visa a apreender sentidos. Contudo, “(...) a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. (...) Isso porque há traços de significado mínimos incorporados historicamente à linguagem e aos valores constitucionais.”²⁰⁹

Para melhor explicar, note-se que a Constituição brasileira, mesmo nascida em berço democrático, e, por isso, recobrando com “o seu halo ou a sua aura castiçamente popular as sucessivas gerações de destinatários normativos”²¹⁰, tem, por vezes, questionada sua legitimidade na medida em que vincula, obriga, submete também gerações futuras que não concorreram, nem mesmo indiretamente, pela via da representação, para sua feitura.

Disso resulta que as decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional que, na prática, mexem com o conteúdo de determinado valor, por certo passarão por um crivo da sociedade para que a leitura adotada e o conteúdo conferido àquele valor sejam considerados igualmente legítimos, sem afrontarem princípios pré-existentes e nem inovarem além do limite

²⁰⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 18-19.

²⁰⁸ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 39-40.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

²¹⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 59-60.

considerado razoável por essa mesma sociedade. Em outras palavras, “(...) todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e, assim, por isso mesmo, requerem justificação.”²¹¹

Nesse ínterim, o próprio texto exercerá papel fundamental, isso porque o “texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de deciosinimo.”²¹² Ou seja: quando o texto da norma disser A, não será lícito ao exegeta, porque não é razoável, dele extrair não-A, ou B, ou C:

(...) o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como ‘provisória’ ou ‘ampla’, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: provisória não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; ampla não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma porque utiliza como ponto de partir os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. (...) é preciso substituir a convicção de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação 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 (...); importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função do

²¹¹ ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 45-46.

²¹² ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites. Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2004, nº 2, p. 176.

legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.²¹³

De igual modo, por “mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, ‘fecham’ a interpretação (e não a ‘abrem’)”, e, assim, agindo como vetores de interpretação, auxiliarão na distinção da interpretação razoável para aquela desarrazoada.²¹⁴

2.1.3 *Proporcionalidade e Núcleo essencial dos princípios (unidade da Constituição)*

A proporcionalidade, apesar de já muito discutida, será abordada, por necessária ao desenvolvimento da hipótese, sob uma ótica voltada para a limitação da argumentação jurídica desenvolvida pela jurisdição constitucional, impondo que a solução a ser dada seja a “menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas,”²¹⁵ ainda que num caso concreto elas sejam aplicadas em intensidades diferentes.

A análise do atendimento à proporcionalidade será desmembrada no exame das suas “três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).”²¹⁶ Na adequação, será verificado se “a medida de intervenção está apta para atingir a finalidade a que se destina”; já no teste da necessidade, será apurada a eventual “existência de outro meio menos opressivo, capaz de render semelhante resultado”; finalmente, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, haverá o “sopesamento de vantagens e desvantagens tanto para o titular do direito afetado como para o beneficiado pela medida que se pretende

²¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25-26.

²¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Op. cit.*, p. 142.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 57.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...*, p. 116-117.

impor.”²¹⁷ Desse modo, exige-se, sempre, que o sacrifício de parcela do princípio seja necessário, ao passo que o bem alcançado seja maior que o mal causado. O dano desnecessário deslegitimará a ação.

Com a técnica da proporcionalidade, a jurisdição constitucional transforma a visão dos princípios constitucionais. De verdade absoluta, passa-se a enxergá-los como “discursos para solução de conflitos”, garantindo que “os indivíduos recebam tratamento de sujeitos deliberativos iguais, cujas visões são respeitosamente consideradas em todas as discussões morais sobre como padrões universais devem ser aplicados em cada caso.” Indo mais longe, essa flexibilidade no entendimento das normas propiciará, também, uma maior “longevidade do sistema normativo, abrindo margem para que os órgãos de decisão se valham das mesmas estruturas regulatórias para tratar das sempre novas circunstâncias — o que beneficiaria a legitimidade das deliberações.”²¹⁸

Assim sendo, quando, no exercício do juízo de ponderação, a jurisdição constitucional se vir obrigada a privilegiar um princípio em detrimento de outro, será necessário que, preservando a unidade da Constituição, o princípio subjugado seja flexibilizado sem, porém, ter atingido seu núcleo essencial, ou seja, a ponderação que, na prática, configure ameaça estrutural a um princípio, atingindo seu conteúdo essencial de forma equivalente à abolição, ferirá a unidade da Constituição sendo, portanto, ilegítima — aqui fica evidente um paralelo com as proibições constantes das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da Constituição Brasileira).

3.1.4 *Aprovação social (sociedade aberta dos intérpretes)*

Tradicionalmente, a jurisdição constitucional esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, o que reduzia seu âmbito de investigação (neutralidade). Ocorre que, ao se interpretar a

²¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 75.

²¹⁸ *Idem*, p. 116.

Constituição e as noções de “interesse público” e de “bem-estar” social, conformando-a com a realidade constitucional, é imperioso que se faça a pergunta: quem são os agentes conformadores da realidade social?

Ora, a sociedade! Se para a sociedade “o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca”²¹⁹, então a sociedade deverá se identificar com a leitura que jurisdição constitucional faça da Carta.

Gonet Branco, citando Michelman, afirma que as decisões tomadas pela jurisdição constitucional deverão ser “expostas à ‘interação crítica democrática’, com o que se demonstraria respeito para com os cidadãos, que assim seriam tratados como ‘potencialmente competentes e contribuidores sinceros para os esclarecimentos políticos.’” De outra banda, os julgadores ainda se mostrarão “dispostos a serem influenciados pelos debates e pelas diversas opiniões sobre o que é justo”²²⁰, afastando-se da neutralidade para aproximarem-se da imparcialidade.

Essa inteligência busca imprimir que nenhum processo de tomada de decisões que exclua os cidadãos de participar, de qualquer forma que seja, poderá ser democrático.²²¹ A jurisdição constitucional ganha em legitimidade política quando incluir no debate político os grupos sociais “que não encontraram auditório propício nos meios políticos ordinários.”²²² A integração subjetiva passa a servir como um método redutor de equívocos.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 4ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 110-125.

²²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 116-117.

²²¹ “(...) em toda esfera de tomada de decisão, legislativa, administrativa e judicial, deve haver procedimentos que identifiquem as considerações relevantes para a deliberação, dessa forma permitindo que os cidadãos suscitem a questão de saber se tais considerações são apropriadas para justificar a deliberação (...) isso significa que deve haver procedimentos que permitam aos cidadãos julgar se as considerações relevantes efetivamente determinaram o resultado alcançado: as decisões devem ser tomadas sob o signo da transparência, sob a perspectiva de serem escrutinadas, num ambiente de liberdade de informação, etc.” *Idem*, p. 118.

²²² *Ibidem*, p. 214.

Porém, se isso é reconhecido, há que asseverar que a manifestação de diferentes interpretações tanto deve ser suscetível de influenciar o debate, não sendo mero formalismo legitimador, como sofrerá certo temperamento (o limite de intérpretes é a funcionalidade. Os impasses interrompem o curso da vida. Se fossem ilimitadas, as interpretações ensejariam um diálogo de surdos-mudos).

3.1.5 Natureza excepcional da ponderação e da hermenêutica

De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.²²³

Assim *sendo*, a ponderação é exceção, e não regra, só podendo ser aceita excepcionalmente, quando os meios ordinários de resolução houverem fracassado. Cristina Queiroz ensina que:

Interpretar uma lei significa transmitir e compreender o significado e alcance de uma disposição jurídica. Os textos jurídicos interpretam-se quando, pragmaticamente, não são suficientemente claros para os fins de comunicação face a determinados contextos. Se não existem dúvidas, não há necessidade de se proceder a interpretação. Se o operador entende que a lei é clara, a sua aplicação é automática, sem mais juízo de valor do que o da lei e nenhum da sua parte. (...) Existe uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico.²²⁴

De igual *modo*, a interpretação só agirá quando a comunicação direta houver falhado, haja vista que onde “não se suscitam dúvidas não se interpreta e, com frequência, não faz falta interpretação alguma.”²²⁵ Eros

²²³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 55.

²²⁴ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 103-104.

²²⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

Grau investiga em que situações a hermenêutica poderá ser utilizada como instrumento de busca de uma solução para o caso concreto:

A interpretação em sentido estrito desenrola-se fundamentalmente em três distintos contextos [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No primeiro deles — o contexto lingüístico — as situações de dúvida decorrem da circunstância de a linguagem jurídica apresentar ambigüidades e zonas de penumbra e ser potencialmente vaga e imprecisa — traços que advêm do fato de se nutrir da linguagem natural.

No segundo — o contexto sistêmico — as dúvidas que a reclamam se manifestam quando o significado *prima facie* de uma norma resulta inconsistente ou incoerente em presença de outra ou outras normas do sistema jurídico no qual se encontra aquela inserida. (...) No terceiro — o contexto funcional — as situações de dúvida consistem, basicamente, na coexistência *prima facie* de múltiplas funções, conflitivas e mesmo excludentes entre si, atribuíveis a uma mesma norma.²²⁶

3.1.6 Primazia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais talvez sejam o principal fundamento de legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional.

Embora a Constituição “não determine todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários.”²²⁷ Aquelas impossibilidades se estenderão ao processo de tomada de decisões em sede de jurisdição constitucional, limitando-o. Em assim sendo, tanto o juízo de ponderação quanto a hermenêutica utilizada pela Corte Constitucional vincular-se-ão aos direitos fundamentais quando da apreensão do que não determinado pelo direito ordinário. Barroso aduz:

Se o constituinte originário, para retirar determinadas matérias do alcance das disputas políticas (...), impediu que o constituinte derivado pudesse aprovar emendas tendentes a

²²⁶ GRAU, Eros. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66-67.

²²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 543.

abolir as cláusulas pétreas (...), conferir ao intérprete o poder de restringir e até mesmo afastar a aplicação de uma dessas normas constitucionais não parece consistente com o sistema constitucional. Aliás, não há razão alguma para supor que o intérprete — e aqui em especial o intérprete judicial —, diferentemente dos demais órgãos do Estado, não tenderia a utilizar poderes tão amplos de forma abusiva ou arbitrária.²²⁸

É este, ao mesmo tempo, o maior fundamento para o constitucionalismo e a jurisdição constitucional e a base da dificuldade contramajoritária: a defesa dos direitos fundamentais como um limite à feitura das leis pela maioria da vez.²²⁹ A soberania do Parlamento cede face à supremacia da Constituição. A separação de poderes e a submissão dos juízes à lei é suplantada pela “prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei fundamental.”²³⁰ Ora, as maiorias são várias e transitórias. Alguns valores devem ser imunes à força da vez e devem assegurar, ainda, meios mínimos que possibilitem à minoria de hoje ser a maioria de amanhã. É a “garantia dos direitos constitucionais da oposição, dado que, (...) é na dialéctica maioria-oposição, mais do que na contraposição governo-assembleia, que hoje se articulam as democracias modernas.”²³¹

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 68.

²²⁹ “Admitindo-se que a maioria do povo exerça, efetivamente, o poder político supremo, é de se perguntar: — A soberania popular da democracia é tão absoluta quanto a soberania monárquica do *ancien regime*? É justo que assim seja?” MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, p. 25.

²³⁰ MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 179.

²³¹ MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 186. Cfr., ainda, a respeito: MEZZETTI, Luca. *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*. Rimini: Maggioli Editore, 1992.

Os direitos fundamentais, no exercício dessa proteção, portanto, surgem como “resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (...), Verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático.”²³²

Os direitos fundamentais, dessa feita, deverão ser vistos como pressupostos legitimadores do sistema jurídico, legitimando a concretização judicial da Constituição. Não obstante, a jurisdição constitucional, ao apreender e extrair do texto constitucional os direitos fundamentais em contraposição à lei — manifestação formal da maioria —, deverá privilegiar restritamente os direitos fundamentais, sob pena de uma ingerência judicial indevida no Legislativo e de uma insegurança jurídica.

3.2 Conclusão sobre a hipótese

A “democracia depende das limitações impostas pelo constitucionalismo.” Ambos não se contrapõem — antes, se complementam. Porém, limites também embasarão a atuação legítima e democrática da jurisdição constitucional na aplicação da Constituição. Conclui-se que o “substrato democrático da decisão constitucional decorre da sua fundamentação e do processo, sempre aberto ao diálogo, que a antecede.”²³³

É com base na obediência aos limites fixados acima que se busca demonstrar a inexistência de oposição entre constitucionalismo e democracia, afastando-se aquele da mera defesa da espera privada contra a pública, identificada com o Estado; e afastando-se essa da mera vontade da maioria.²³⁴

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 62.

²³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 64.

²³⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 248.

4 OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM SEU PROCESSO DECISÓRIO

“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”²³⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição Constitucional à brasileira — situações e limites. Neoconstitucionalismo — ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2004, nº 2.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

²³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ARNAUD, André Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: Lições de filosofia do Direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun., 1999, p. 35-51.

_____; SOUZA NETO, C.P.; MORAES FILHO, J.F.; LIMA, M.M. *Teoria da constituição – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 4ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. *O paradoxo da Autorevisão no Direito Constitucional*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. XXXI, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. *Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea*. In: Revista de Processo nº 60, out./dez., 1990, p. 110-117.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele Alceu. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU, v. 5, n. 9, jul./dez., 2004, p. 105-113.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. *Juízes políticos e democracia*. O Estado de São Paulo, 26 abr. 1997. Espaço Aberto.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Do processo legislativo*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e liberdade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALIS, Denis de Castro. *A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 24, jan./jun., 2004, p. 32-66.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOOPMANS, Tim. *Courts and political institutions: a comparative view*. Cambridge University Press, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 145-167.

LOBATO, Anderson Cavalcante. *A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito*. In: Cadernos de Pesquisa, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. In: Cidadania e Justiça, n. 6, 1999.

MARTINS, Ives Grandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *A Separação dos Poderes no Brasil*. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização e do Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ ; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1984.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A função política da jurisdição constitucional: breves considerações sobre ativismo judicial, controle de constitucionalidade e judicialização da política*. In: *Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)*, v. 1, n. 20, 2009. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual>. Acesso em 1.12.2010.

PERELMAN, Chäim. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípios Constitucionais – um contributo para o Estado das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIRES, Francisco Lucas. *Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da maioria*. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RIBEIRO, Hécio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. In: Revista de Estudios Políticos, jan./fev. 1961.

_____. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los*

Sistemas de Justicia Constitucional. In: Direito Público, Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n.º 2, out./dez., 2003.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics and judicialization.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power.* New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado.* In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 29, p. 66-71, out./dez., 1999.

VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo.* In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, n. 14, 2007, p. 136-137.

VIANNA, L. W. (org). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça.* São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Supremocracia*. In: Revista de Direito GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, jul./dez. 2009.

_____. *Império da lei ou da corte?* Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 70-77, mar./mai. 1994.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 85-90.

AS DEMANDAS REPETITIVAS E O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Janete Ricken Lopes De Barros

Mestre em Direito Constitucional - área de pesquisa Constituição e Sociedade- IDP. Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Diretora de Secretaria. Editora Adjunta da revista Direito Público do mestrado do IDP. Bacharel em Direito - AEUDF. Especialização em processo civil - IDP. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professora do Centro Universitário UNIEURO. Professora convidada da UNP.

DOI 10.11117/9788565604000.07

RESUMO: O presente artigo aborda o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) inserido no anteprojeto do novo Código de Processo Civil e o pretendido efeito vinculante às decisões proferidas na instância superior, com a pretensão de refletir as consequências na atividade interpretativa dos juízes. Ressalta a importância do processo como instrumento pacificador da sociedade e da segurança jurídica, bem como a necessidade da efetiva prestação jurisdicional em tempo razoável, nos termos da EC 45/2004. Assevera a relevância do papel do legislativo para ampliar as discussões com a comunidade e fortalecer o exercício da cidadania. Aborda o controle misto de constitucionalidade adotado no Brasil e o princípio da independência funcional do magistrado, com ênfase em soluções que não afrontem o livre acesso à justiça.

PALAVRAS CHAVES: Demandas Repetitivas, novo código de processo civil, efetividade da jurisdição, razoável duração do processo, segurança jurídica, efeito vinculante, livre convencimento do juiz.

ABSTRACT: This article discusses the Incident Resolution Demands Repetitive (IRDR) inserted into the draft of the new Code of Civil Procedure and the desired binding effect of judgments rendered in a higher court, with the intention of reflecting the effect on the interpretative activity of judges. Emphasizes the importance of the case as a judge of society and the legal certainty and the need for effective adjudication within a reasonable time, under the EC 45/2004. Asserts the importance of the role of the legislature to broaden the discussion with the community and strengthen citizenship. Discusses the mixed control of constitutionality adopted in Brazil and the principle of functional independence of the magistrate, with emphasis on solutions that did not outrage the free access to justice.

KEYWORDS: Repetitive legal cases, new code of civil procedure, effectiveness of the court, a reasonable duration of process, legal binding, free persuasion of the judge.

SUMÁRIO

Introdução. 2 O processo como instrumento da prestação jurisdicional. 3 O Incidente De Resolução de Demandas Repetitivas. 4 Considerações quanto ao efeito vinculante. 5 A segurança jurídica x devido processo legal. 6 Conclusões. 7 Bibliografia e referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda inicialmente alguns dos principais temas que serão tratados na proposta do novo Código de Processo Civil e seleciona para estudo e debate o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, lançado para atacar o problema das demandas repetitivas no 1º grau de jurisdição com pretendido efeito vinculante.

A problemática está na tensão entre as atuais necessidades da sociedade contemporânea na prestação jurisdicional célere e as garantias constitucionais do processo. Pergunta-se: Estabelecer efeito vinculante às decisões para demandas repetitivas fere a garantia do devido processo legal?

A comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que foi entregue no dia 8.6.2010 ao Presidente do Congresso Nacional, teve como norte dos trabalhos o princípio da Razoável Duração do Processo atrelado à necessidade de se amoldar o CPC aos preceitos da Constituição promulgada em 1988.

O princípio da razoável duração do processo, expresso no texto constitucional através de EC nº 45/2004, no art. 5º, inciso LXXVIII, ao nível de garantia fundamental, espelha a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e a busca de efetividade no serviço prestado pelo Estado através do Poder Judiciário. Por meio da EC nº 45 foi inserido, ainda, o artigo 103-A na Constituição Federal inovando com as súmulas vinculantes, consistente em um extrato do resultado das reiteradas decisões sobre matéria constitucional, cuja edição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O art. 5º da Constituição Federal, por sua vez, consagra, no rol dos direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça: “inciso XXXV – a lei

não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De outro lado, estar em juízo vai muito além do exercício do direito de ação por meio do ajuizamento de um processo, e, nesse viés, as discussões do novo texto processual devem partir do ponto de vista da necessidade de adaptar o processo civil ao tipo de litígio, analisar as características que diferenciam um litígio de outro e o grau de complexidade de solução das lides.

Sem embargo, o momento é de crítica ao funcionamento do Judiciário, já que a noção de efetividade do processo está ligada ao tempo de tramitação do processo, e, para que se concretize, é necessário detectar os principais obstáculos e encontrar soluções práticas, sem com isso engessar a atividade do magistrado.

Dentre os problemas da sociedade contemporânea, depara-se com a questão das demandas repetitivas que, além de entulhar o Judiciário com milhares de processos, geram diferentes decisões para casos idênticos pelos juízes de 1º grau e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

A questão já vem sendo combatida após a Constituição Federal de 1988 com a criação de mecanismos que resolvem os litígios de forma mais célere, valorizando-se os precedentes jurisprudenciais. Nesse contexto ressaltam-se a súmula vinculante, a lei que trata dos recursos repetitivos no âmbito do STJ e a lei da repercussão geral na seara do STF.

Sobressaem-se do anteprojeto do novo Código de Processo Civil diversas propostas de simplificação do código, albergando os novos instrumentos inseridos no ordenamento jurídico com as reformas fragmentadas que ocorreram nos últimos anos pós CF/88.

O trâmite do projeto de lei teve início na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e poderá receber emendas dos parlamentares. A proposição legislativa precisa ser apreciada nas duas

Casas do Congresso Nacional, oportunidade em que a sociedade deve participar das discussões para reforçar a democracia e o exercício da cidadania.

É de se registrar que o Código de Processo Civil vigente foi escrito em 1961 por Alfredo Buzaid, fundador da Sociedade Brasileira de Direito Processual, e sancionado em 1973. Portanto, a elaboração do texto se deu nos anos 50/60, ocasião histórica em que o Brasil tinha uma sociedade predominantemente rural, em que a Justiça tinha um universo pequeno de demandas cíveis, prevalecendo as questões de direito comercial, imobiliário e de família. Ausentes naquele contexto as disputas de massa, bem como dispositivos de direito ambiental e de processos coletivos.

Assim, o atual Código está firmado em um pressuposto de demandas individuais, quando o momento da sociedade está baseado no princípio da coletivização das lides, necessitando um novo texto à luz da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o presente artigo pretende analisar as primeiras impressões da proposta de criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR com efeito vinculante, instituto que foi provisoriamente anunciado pela Comissão como incidente de coletivização, e que tem suas bases na repercussão geral, nos recursos repetitivos e na súmula vinculante.

O novo instrumento processual visa à efetividade da prestação jurisdicional em tempo razoável à luz da estabilidade e da segurança jurídica, com base nos princípios da igualdade e isonomia das decisões judiciais de 1ª instância, de tal sorte que se acabe com a loteria das decisões favoráveis. Conquanto, é preciso refletir se outras garantias constitucionais não serão prejudicadas, a exemplo da livre convicção do juiz, e quais os valores mais importantes da sociedade atual.

2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O direito amplo à Jurisdição dignifica o próprio cidadão, tornando-se membro ativo perante o Estado e aos demais integrantes da sociedade, passando a lutar pelos seus direitos e conseqüentemente participar ativamente da vida política.

Carmen Lúcia Antunes Rocha²³⁶ afirma que quanto mais democrático o povo, mais alargada é nele a jurisdição, mais efetiva, rápida, facilitada e concretizada a sua prestação; e, acrescenta: Direito Positivo não sabido é direito inexistente. Quem dele não sabe, não o reivindica; sem o seu conhecimento, não há seu exercício.

Entretanto, a prestação jurisdicional precisa ser célere. Nessa esteira, agilizar os procedimentos já existentes é uma das saídas apontadas por Asfor Rocha²³⁷ para a superação dos entraves processuais/procedimentais:

O procedimento que toca justamente ao modelo, à forma fixada para o desenvolvimento da relação jurídica processual, sem que interfira no direito, até agora parece ser um calcanhar-de-aquiles para a Justiça. Nesse aspecto, ainda há um grande salto a ser dado pelo Legislativo e Judiciário, sendo necessário adequar-se os seus padrões à realidade social e tecnológica atual, trazendo, assim, para si a contemporaneidade.

Nessa corrente doutrinária, Arruda Alvim²³⁸ trata da efetividade do processo através da utilização dos instrumentos processuais, a saber:

A efetividade dos resultados do processo significa que o direito processual civil deve construir instrumentos que sejam

²³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição, In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) 1993, p. 32 e 35.

²³⁷ ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**, p. 99.

²³⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Tratado de Direito Processual**, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 83.

aptos a proporcionar precisamente aquilo que o cumprimento de uma obrigação ou a obediência ao dever proporcionaria se não tivesse havido ilícito algum.

O processo judicial serve de instrumento para garantir a todos o acesso à justiça e, é nessa visão, que se verifica a necessidade de desburocratização dos procedimentos na busca da essencialidade nos serviços prestados, para vencer o que jurista Mauro Cappelletti²³⁹ chama de “obstáculo processual” ao acesso à Justiça.

O projeto do novo Código de Processo Civil reorganiza o instrumento em seis livros na seguinte estrutura:

- LIVRO I – PARTE GERAL;
- LIVRO II - PROCESSO DE CONHECIMENTO;
- LIVRO III – PROCESSO DE EXECUÇÃO;
- LIVRO IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS;
- LIVRO V – RECURSOS;
- LIVRO VI – DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS.

As principais questões trazidas nos livros do novo código, constantes das temáticas apresentadas no anteprojeto, são: a valorização da audiência; uso da informática para imprimir objetividade e celeridade aos processos; unificação dos prazos para quinze dias contados em dias úteis; a junção das defesas possíveis na contestação, contemplando em preliminar as exceções e impugnações, bem como o pedido contraposto com natureza de ação, neste inserido a reconvenção; a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a participação popular com a inclusão das audiências públicas na 1ª instância e um maior controle no comportamento da atividade dos magistrados.

A parte geral é uma das inovações do novo CPC e as

²³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

disposições terão aplicação em todos os demais livros. A importância dessa parte geral é a de que terminem as discussões jurídicas e processuais do que é cabível em um e noutro processo. Para isso, as questões como as da fixação de honorários advocatícios e da antecipação de tutela, que estão hoje nos dispositivos do processo de conhecimento, migram para a parte geral, ficando estabelecida a utilização para todos os demais processos.

Conforme entrevista realizada pelo ConJur²⁴⁰, Bruno Dantas, integrante da Comissão, afirma que esse foi um trabalho metódico, consistente em analisar o Código vigente inteiro, descobrir o que é aplicável a todos os processos e enquadrar na parte geral.

Salienta-se que as propostas visam um maior controle da atividade do magistrado, a exemplo da determinação da emenda à inicial, oportunidade em que o juiz deverá especificar claramente o quer que a parte autora esclareça, vedando-se a conduta corriqueira de dizer simplesmente “venha a inicial em termos” ou “emende-se a inicial nos termos do art. 282 do CPC”.

Segue essa tendência em diversas outras passagens do texto, a exemplo da exigência do juiz, ainda que tenha competência para apreciar determinadas matérias de ofício, ter que previamente disponibilizar vista às partes, para somente após decidi-las, o que gerou severas críticas por parte de um dos integrantes da Comissão, Elpídio Donizetti²⁴¹.

²⁴⁰ [HTTP://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc](http://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc). Acesso em 03.05.2010.

²⁴¹ O integrante da comissão, Desembargador Elpídio Donizetti, tem divulgado críticas quanto à postura da Comissão Reformadora do CPC com relação às diversas passagens no novo texto controlando a atividade do magistrado, inclusive por adentrar em matéria disciplinar que já é prevista na LOAMAN. Nesse sentido, enviou ofício à Comissão sugerindo o adiamento da entrega do anteprojeto: “...A visão do magistrado como sujeito desconhecedor das leis e dos princípios que regem o processo, conquanto infelizmente reine na mente dos integrantes desta comissão, jamais poderá ser levada para um código democrático de processo”. Disponível em www.anamages.org.br/site/?noticias/2010/06/02/excesso-de-prazo-juzes-estaduais-criticam-punies-em-novo-cpc. Acesso em 17.6.2010.

Outro exemplo é a do pedido de desconsideração da pessoa jurídica, que antes de qualquer decisão, deverá ser intimada a pessoa física que será afetada para poder apresentar defesa, para em momento seguinte prolatar a decisão.

Neste ponto da reforma os princípios proclamados pela Comissão são da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, o cercamento de previsibilidade da conduta do magistrado não deve ser de maneira que se levantem dúvidas quanto à qualificação do juiz que é conhecedor das garantias constitucionais do processo.

Há uma nítida valorização na utilização dos meios eletrônicos em relação ao cumprimento de diligências por meio de Oficial de Justiça e

O anteprojeto foi entregue no dia marcado, 8.6.2010, e, por sua vez, a resposta da comissão de juristas ao ofício de Donizetti veio por meio de nota de autoria do Presidente da Comissão, Ministro Luiz Fux: "...O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos. Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções. No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. A legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica. O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto. Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida. O desvanecimento que hoje nos invade é o de que sonhamos junto com a nação brasileira, ousamos por amor ao futuro de nosso país e laboramos com empenho, alegrias e sofrimentos, numa luta incansável em prol da nossa pátria. Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante : *Altro tempo, Altro Diritto*. O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça." Disponível em www.senado.gov.br/sf/senado/novocp. Acesso em 17.6.2010.

Correios, na busca da modernização do processo. Menciona-se, como exemplo, a retirada da vedação da citação postal nos processos de execução, atualmente prevista no art. 221, inciso II, do CPC²⁴².

A preocupação com a reforma atinente aos recursos é latente. Nesse viés, os recursos passam a seguir a regra geral de ter efeito meramente devolutivo, invertendo-se a atual sistemática do efeito suspensivo, com o fortalecimento da execução provisória da sentença. Conquanto, para obtenção do efeito suspensivo, poderá ser atravessada simples petição nos autos para que a instância superior decida acerca da matéria.

Propõe-se a possibilidade do julgamento improcedente na apreciação da petição inicial em caso de jurisprudência pacífica dos tribunais. Em caso de recurso, o juiz determinará a citação da parte ré e, em seguida, remeterá os autos à instância superior. Permanece, entretanto, a possibilidade do juízo de retratação. Esse ponto da reforma merece profunda discussão na comunidade jurídica, sob o risco de afronta ao princípio do livre acesso à justiça.

Importa-se para o processo civil no 1º grau de jurisdição a figura do *amicus curiae*, com intuito principal de auxiliar na produção da prova, trazendo dados científicos de outras áreas do saber para elucidação dos fatos. A natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* na justiça de 1ª instância não é consenso na Comissão da reforma do CPC, conforme afirmou o Juiz Jansen Fialho de Almeida²⁴³, membro da comissão, em palestra realizada na sede da OAB/DF em 5.5.2010.

²⁴² A proposta de eliminar a vedação da citação postal nos processos de execução foi encaminhada à Comissão pela autora do presente artigo, decorrente do trabalho monográfico desenvolvido na conclusão do curso de especialização em processo civil apresentado em 2007 no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

²⁴³ Em palestra realizada no dia 5 de maio de 2010 às 20h30 pelo Juiz do TJDF, Jansen Fialho de Almeida, intitulada "O Novo Código de Processo Civil" na sede da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Distrito Federal (OAB-DF). Documento não publicado.

A Comissão pretendia incluir no novo código a competência absoluta da matéria dos juizados especiais cíveis e estabelecer a exigibilidade da presença do advogado para todos os feitos de competência dos juizados especiais²⁴⁴. Recuou. Certamente, diante do inegável conflito com o princípio constitucional do livre acesso à justiça e dos princípios norteadores dos juizados de celeridade e informalidade processuais.

Feitas essas breves considerações a alguns dos novos dispositivos e dos trabalhos da Comissão, passa-se para o objeto principal do presente estudo, que é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o pretendido efeito vinculante.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Na busca do enquadramento do sistema processual com a Constituição Federal de 1998 e com a realidade social, vários mecanismos foram criados para adequar o Judiciário ao crescimento das demandas. Dentre eles, a solução uniforme nos recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Assim, a Lei n. 11.672/2008 estabeleceu o instrumento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ, visando efetivar o princípio da razoável duração do processo. É importante trazer algumas considerações acerca deste instituto porque certamente a proposta de criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nas instâncias estaduais, constante do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, tem suas bases nesse sistema de uniformização de jurisprudência para casos análogos, com o diferencial de pretender que as decisões proferidas no Incidente tenham

²⁴⁴ A questão da exigência de advogado para todas as causas dos juizados especiais foi exposta como opção da Comissão do Novo CPC pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida em 5.5.10 na referida palestra ocorrida na OAB/DF.

efeito vinculante.

A lei dos recursos repetitivos, por sua vez, foi inspirada na técnica anteriormente estabelecida no Supremo Tribunal Federal, consistente na Lei n. 11.418/2006 da Repercussão Geral, criada também para solucionar o problema de acúmulo de processos na Corte Superior.

Na luta pela efetividade da jurisdição, Cesar Asfor Rocha²⁴⁵ assevera que:

A inquietação com o tempo empreendido no processo é, portanto, preocupação constante não só da doutrina do direito, mas também das partes que litigam em juízo, caracterizando a morosidade o maior tormento daqueles que anseiam pela busca da tão emblemática justiça social e jurídica.

Percebe-se, conforme anteriormente mencionado, que, após a EC n. 45/2004 ter tornado explícita a garantia de que o processo ocorra em razoável período de tempo, várias providências foram tomadas para solucionar o problema de acúmulo de processos no STJ, na seara de matéria infraconstitucional, e no STF, de matéria constitucional, e, conseqüentemente, uniformizar a jurisprudência nacional, afastando-se da famigerada conduta da jurisprudência defensiva.

Espelhando essa tendência, a proposta no anteprojeto do CPC é a de que nas questões de direito material com potencial de multiplicação e com relevância social o juiz deverá suscitar ao órgão especial ou ao tribunal pleno, instaurando-se procedimento próprio, uma decisão única para a matéria. Todos os processos que versarem sobre a matéria suscitada ficarão suspensos e a duração da tramitação do procedimento do incidente não deverá ultrapassar a cento e oitenta dias. A decisão terá efeito vinculante para o juiz suscitante e todos os demais juízes da instância inferior.

Estarão legitimados a suscitar o incidente além do juiz, as

²⁴⁵ ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85.

partes, a Defensoria Pública, o Ministério Público, bem como qualquer interessado poderá intervir no procedimento, utilizando-se da figura do *amicus curiae*. A decisão do tribunal de 2ª instância que julgar o incidente será atacável por Recurso Especial, se a matéria for infraconstitucional, e por Recurso Extraordinário, em caso de matéria constitucional.

O novo instituto pretende que os tribunais de segundo grau decidam questões importantes a nível regional, com o intuito de vincular as decisões dos juízes de primeiro grau, evitando decisões conflitantes e gerando segurança jurídica, bem como previsibilidade no comportamento do magistrado.

As demandas que tiverem potencial de se tornarem repetitivas em todo o território nacional deverão ser suscitadas diretamente ao STF e STJ, cujas decisões poderão vincular os tribunais e varas cíveis de todo o país, com a pretensão de ocasionar a diminuição e até eliminação dos recursos repetitivos.

Um dos debates na Comissão levado ao Congresso Nacional é se o referido incidente dependerá de Emenda Constitucional para ser criado, seguindo o modelo da súmula vinculante, ou se poderá simplesmente entrar no ordenamento jurídico por meio da lei que instituir o novo CPC.

4 CONSIDERAÇÕES QUANTO AO EFEITO VINCULANTE

O processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por óbvio vai buscar os acertos do sistema dos institutos dos recursos repetitivos e da repercussão geral, o que não é o cerne da discussão neste trabalho. O problema que se levanta no presente estudo está na imposição do efeito vinculante e suas conseqüências no livre acesso à justiça e na atividade interpretativa do juiz.

A preocupação quanto ao tempo de duração do processo está sedimentando na cultura jurídica nacional a força dos precedentes dos tribunais superiores como fator uniformizador da jurisprudência, contudo não se pode dizer o mesmo quanto ao efeito vinculante das decisões.

A expansão da jurisdição constitucional no cenário brasileiro e a maximização dos direitos fundamentais direcionam para o tema da evolução do sistema de precedentes judiciais no âmbito da esfera processual civil²⁴⁶, com a implementação de instrumentos capazes de evitar a multiplicação de questões idênticas com decisões conflitantes, geradoras de insegurança jurídica e afrontando o princípio da igualdade.

Entretanto, verifica-se resistência na utilização do efeito vinculante integrando esses mecanismos, diante da valorização do princípio da independência funcional dos magistrados e do sistema misto de constitucionalidade adotado no Brasil, convivendo com o controle difuso e concentrado harmonicamente.

Tanto é assim que a utilização do efeito vinculante até o momento está atrelada às súmulas decorrentes exclusivamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Dessa constatação, depreende-se a tensão entre a súmula vinculante e a formação histórica do direito brasileiro do princípio da liberdade de convicção dos magistrados, tido como valor importante para sociedade.

A restrição do universo interpretativo do juiz é uma das preocupações na adoção do efeito vinculante. Karl Larenz²⁴⁷, tratando o tema

²⁴⁶ Nesse sentido, transcreve-se a manifestação do Ministro Teori Zavascki em notícia publicada em 2.8.2009 no site do STJ: A observância e valorização dos precedentes por parte dos jurisdicionados e dos órgãos judiciários será, em breve, um fenômeno natural, especialmente porque o sistema dos recursos repetitivos determinará maior estabilidade e previsibilidade na jurisprudência do STJ. Essas características têm relação íntima com a qualidade dos julgamentos: elas serão alcançadas e consolidadas com julgamentos juridicamente consistentes.

²⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 497.

sob esse aspecto, afirma:

O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito constitucional, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode vinculá-lo não é o precedente enquanto tal, mas sim e só a interpretação ou concretização correta da norma, que nele porventura se exprimam. Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há-de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correcção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorrecta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então correctamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo.

O problema da adoção do efeito vinculante parece, portanto, estar na capacidade do juiz em identificar as diferenças e peculiaridades de cada caso e fazer o acertamento do enquadramento ou não dos precedentes. Ressalta-se que o respeito que os magistrados brasileiros têm com a relação à jurisprudência decorre culturalmente do princípio do duplo grau de jurisdição, portanto não afronta a independência dos juízes na forma como vem sendo conduzido.

O embate entre a independência hermenêutica do juiz e a obediência às reiteradas decisões no mesmo sentido pelos tribunais superiores foi objeto de análise pelos STF na ADC n. 1/DF²⁴⁸, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 1.12.1993, que teve por objeto a análise da constitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar n. 70 de 30.12.1993 (CONFINS), com base no art. 2º da CF, redação da EC n. 3/1993. Para o debate do tema deste estudo, seleccionam-se dois trechos dos votos do acórdão lançados na ADC n. 1/DF.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 1/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 1.12.1993. Ementário n. 1791-1.

O ministro Francisco Rezek refletiu em seu voto a necessidade do respeito à análise jurídica praticada nas decisões da Suprema Corte, o que não ofende o esforço hermenêutico dos juízes nos casos concretos, nos seguintes termos:

De modo que me pergunto: faz sentido – não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?

No voto do ministro Sepúlveda Pertence se verifica a defesa da ponderação da conveniência no controle de constitucionalidade da adoção do sistema difuso e concentrado e a necessidade de se encontrar soluções para os litígios de massa:

Esta conveniência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processo rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

A posição da autora do presente texto é no sentido de que a tarefa de uniformização e o efeito vinculante sejam reservados às súmulas dos tribunais superiores, após a análise de diversas decisões judiciais em casos idênticos nas instâncias inferiores, não suprimindo instâncias na tarefa hermenêutica de criação da norma para o caso concreto.

A resolução vinculante no incidente proposto no projeto de lei do novo código não decorre das reiteradas decisão da 1ª instância, mas da

interrupção do processo interpretativo do juiz logo no primeiro caso que se verifique potencial de repetitivo, o que implica em verdadeira supressão de instância e barreira de acesso à justiça.

5 A SEGURANÇA JURÍDICA X DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ao lado da idéia da razoável duração do processo, é necessário ao prestar a tutela jurisdicional garantir o devido processo legal, obtido historicamente, por meio de várias conquistas sociais. Deve-se, portanto, refletir as conseqüências da adoção do efeito vinculante das decisões que forem proferidas nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas.

O princípio do acesso à ordem jurídica, ao lado do princípio do devido processo legal, formam no entender de J. J. Florentino Mendonça²⁴⁹:

fundamento básico de todo o sistema processual de efetivação das normas e de proteção dos direitos constitucional e infraconstitucionalmente prescritos. Ambos emergem como garantias substanciais da realização do Estado Democrático de Direito ao assegurarem para todos, indistintamente, a possibilidade de perseguir pela via judiciária, desenvolvida por autoridade estatal competente, com base no princípio do contraditório, através de instrumentos legais, dialéticos, igualitários e eficazes, a observância dos seus direitos.

O Processo Civil é instrumento capaz de garantir a todos o acesso à justiça, realizando o regime democrático de direito e os direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais, conforme preceitua Nelson Nery Júnior²⁵⁰.

É nessa visão que se verifica a necessidade de

²⁴⁹ MENDONÇA, J.J. Florentino Santos, Deluse Amaral Rolim Florentino. **Instrumentos para a efetivação do acesso à justiça**. Recife: Bagaço, 2005, p. 161.

²⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.47.

desburocratização dos procedimentos e implementação de novos mecanismos. Paralelamente, a resistência em adotar o efeito vinculante nas decisões jurisprudenciais advém do eventual fechamento das portas do Judiciário para causas que podem ter aparente origem em matéria já decidida nos incidentes de coletivização de demandas repetitivas, em prol da proclamada segurança jurídica.

Para Luís Roberto Barroso²⁵¹, no seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, passou a segurança jurídica a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. **a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. (grifo nosso)**

Assim, a segurança jurídica é promovida por um conjunto de conceitos, princípios e regras decorrentes do Estado Democrático de Direito, especialmente por meio do devido processo legal, do qual são patamares a ampla defesa e o contraditório.

A expressão devido processo legal é a tradução do instituto de origem inglesa *due process of law* e está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p 133.

O devido processo legal apresenta dois aspectos, o substancial, atuando no âmbito do direito material, e o processual, consubstanciado na tutela dos direitos por meio do processo judicial ou administrativo, tendo seu conceito se alargado no tempo em defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

Nelson Nery Júnior²⁵² assevera que a doutrina brasileira emprega a expressão “devido processo legal” no sentido unicamente processual, atrelada ao cumprimento dos princípios constitucionais processuais, o que nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mai amplo possível.

Na esteira do processo civil há derivação de diversos princípios tendo como norte o devido processo legal, a exemplo da igualdade entre as partes, o direito de ação, o direito de defesa e o contraditório. Entretanto é importante não perder de vista o limite dessa incidência, a teor do que afirma Nelson Nery Júnior²⁵³

A amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variegadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, **de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos**, pois tal irrestringibilidade não de coaduna com o estado de direito nem atente ao interesse público. **(grifo nosso)**

Conforme preceitua Ovídio Baptista²⁵⁴ as eventuais soluções preconizadas pelo legislador, quando tratem de questões processuais, nada mais são do que **técnicas imaginadas para instrumentalizar, com a**

²⁵² NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p.70.

²⁵³ *Ibidem*, p. 71.

²⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude de Defesa” no Processo Civil, In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.,) São Paulo: Saraiva, 1993, p. 160.

justiça possível e a custos toleráveis, a pacificação civilizada dos conflitos sociais. (grifo nosso)

Não por outro motivo que o referido doutrinador teme o uso indiscriminado do princípio da ampla defesa para servir de arma ao conservadorismo brasileiro²⁵⁵

Temo que a consagração do princípio da “ampla defesa”, agora desfrutando da dignidade de estatuto constitucional, seja uma nova arma no inesgotável arsenal do conservadorismo brasileiro, cuja retórica, como dizia Pontes de Miranda, com sua aguda percepção para os fenômenos políticos e sociais, especializou-se, no mais alto grau, em alterar constantemente nossas leis e todo o sistema normativo, sem, no entanto nada transformar efetivamente, de modo que o “diálogo” que o poder estabelecido mantém com a nação, através das leis, se faça tão convincente quanto inócuo; e assim evitem-se as reformas estruturais de que nosso país tanto precisa.

O importante dessas afirmações é estabelecer que o processo como instrumento não tem a função precípua de uniformização, porque para o direito o que de fato interessa, no momento em que se tem que decidir os conflitos levados ao Judiciário, não são as identidades genéricas que igualam os homens, mas exatamente o contrário. A relevância, nessa perspectiva, são as diferenças óbvias entre os seres humanos e por isso a necessidade de uma maior reflexão quanto a adoção do efeito vinculante.

Assevera-se, ao final, que o alargamento da intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade é fruto do processo de tomada de consciência dos cidadãos nos meios de defesa e efetivação dos direitos fundamentais, o que se tem determinado “explosão de litigiosidade”, conforme afirma Mônica Sifuentes²⁵⁶ e prossegue:

Paradoxalmente, o aumento dos poderes do legislador, na passagem do Estado Liberal ao Estado Social, acabou por determinar o aumento dos poderes do juiz. O fenômeno foi

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 163.

²⁵⁶ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69.

acelerado, como já se viu, pela “patologia” de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e esvaziamento de outros. As várias formas de inatividade do legislador, ou, por outro lado, de superatividade representam uma das principais causas que estão na origem do alargamento dos poderes do Judiciário.

Com esse contexto, verifica-se a mudança do perfil do magistrado, quer seja, de mera boca da lei feita pelo legislador, nos termos da rígida separação dos poderes de Montesquieu, para o verdadeiro guardião dos direitos fundamentais perante os casos concretos levados ao Judiciário, conforme garantido pela Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÕES

A idéia de efetividade do processo está ligada à agilização da entrega do bem da vida pretendido pelo cidadão, e para que isso ocorra é necessário encontrar soluções práticas, desapegando-se de formalismos e, ao final, propiciar o efetivo acesso à justiça.

O processo judicial deve garantir a todos o acesso à justiça. É o instrumento da jurisdição e é através dele que o juiz pode e deve propiciar a ampla participação das partes, sempre com respeito ao princípio do contraditório e preservando a imparcialidade.

O princípio da razoável duração do processo é o norte do novo Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que a questão do tempo no processo está atrelada à própria idéia de justiça, uma vez que o excesso de tempo na prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça.

A criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para evitar decisões conflitantes entre os juízes de 1º grau em matérias idênticas e de relevante interesse social, desperta o debate para a utilização

do efeito vinculante como elemento unificador de jurisprudência. De outro lado, abre-se a discussão do limite da valorização do princípio do livre convencimento do juiz no controle misto de constitucionalidade das leis adotado no Brasil.

Vários são os mecanismos que podem ser criados para amenizar os efeitos das demandas repetitivas na 1ª instância, a exemplo da especialização das varas por matérias, por meio de uma administração dinâmica dos Tribunais Estaduais, levando a decisões mais uniformes para casos idênticos, que, em momento posterior, podem gerar súmulas com efeito vinculante, sem que ocorra afronta ao livre acesso à justiça.

Entretanto é de máxima importância ressaltar que as discussões do novo Código de Processo Civil até o momento não são suficientes, até porque o local da produção legislativa na atual democracia representativa, inserida na Constituição Federal de 1988, é o Congresso Nacional.

Nessa esteira, afirma-se que as propostas já divulgadas que fazem parte do anteprojeto entregue ao Senado Federal, foram trazidas neste trabalho, com o intuito de abrir o debate na sociedade para que as melhores opções sejam feitas e para que assim se fortaleça o exercício da cidadania.

BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Tratado de direito processual civil**, v.1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei de Recursos Repetitivos** - Lei 11672/08 | Lei Nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

BRASIL. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 2, n. 5 , abr. 2008. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. BUENO, Cássio Scarpinella.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC n. 1/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 1.12.1993. Ementário n. 1791-1.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Cidadania e o Poder, In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.,). São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDONÇA, J.J. Forentino Santos, Deluse Amaral Rolim Florentino. **Instrumentos para a efetivação do acesso à justiça**. Recife: Bagaço, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.)

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição, In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude de Defesa” no Processo Civil, In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 160.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As Garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____ [HTTP://www.senado.gov.br/sf/senado/novocp](http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocp). **Anteprojeto**.
Ministro Luiz Fux. Acesso em 17.6.2010.

_____ [HTTP://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc](http://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc). Acesso em 03.05.2010.

[HTTP://www.anamages.org.br/site/?noticias/2010/06/02/excesso-de-prazo-juzes-estaduais-criticam-punies-em-novo-cpc](http://www.anamages.org.br/site/?noticias/2010/06/02/excesso-de-prazo-juzes-estaduais-criticam-punies-em-novo-cpc) Acesso em 17.6.2010.

