



INSTITUTO BRASILIENSE  
DE DIREITO PÚBLICO

**Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP  
Mestrado em Direito Constitucional**

**Jurisdição Constitucional e Processo Democrático**

Luís Raul Andrade

Brasília – DF  
2012

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Mestrado em Direito Constitucional**

**Jurisdição Constitucional e Processo Democrático**

Luís Raul Andrade

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini

Brasília – DF  
2012

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Mestrado em Direito Constitucional**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Jurisdição Constitucional e Processo Democrático**

Luís Raul Andrade

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini (IDP)  
(orientador)

---

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)  
(membro)

---

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho (UniCEUB)  
(membro)

**Dedico este trabalho ao meu pai, por tudo.**

## **Agradecimentos**

Queria registrar o prazer de ter convivido com os colegas da turma do mestrado de 2010. Com eles me informei melhor e aprendi muito.

Agradeço ao professor Paulo Gustavo, grande mestre, pelas lições e pela oportunidade de cursar o mestrado, ao professor Inocêncio Coelho, cuja virtude dos filósofos o define e impõe a admiração deste aluno, agradeço a presença do professor Márcio Garcia, sempre aberto à reflexão, e ao professor Alvaro Ciarlini, pela identidade, pela confiança e pela dedicada orientação, sem a qual este trabalho resultaria em muito diminuído.

Devo muito à Fernanda, pela paciência e pela coragem de embarcar na aventura desses dois anos. Só o inexplicável pode fazer compreendidas certas coisas.

Parece-me (...) que entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. (...) Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a suposta mudança de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação.

Hans-Georg Gadamer

## Resumo

Examina-se à luz do constitucionalismo moderno a clássica discussão de como se pode evitar o arbítrio e preservar espaços de liberdade. Superados os paradigmas da modernidade, essa questão é colocada hoje em face do Poder Judiciário. Se, por um lado, inspirado no *judicial review* norte-americano, ele atua ainda num espaço de discricionariedade, que tende a um decisionismo da primeira metade do século XX, a Teoria da Constituição, por outro, não está desamparada de instrumental teórico e aprendizado histórico que lhe venha em apoio ao seu aperfeiçoamento. A partir da decisão que levou ao cancelamento da Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal (Inq. 687-4/QO), procura-se demonstrar a distância que separa a racionalidade da prática judicial da racionalidade exigida pelos demais sistemas autônomos e pela Teoria da Constituição. Conclui-se que a efetividade da jurisdição depende não só da compreensão do contexto à luz dos casos que decide, mas de uma filosofia política que lhe permita melhor compreender o significado de processo democrático, a partir do qual a jurisdição (o Direito) pode visualizar com mais nitidez os papéis a serem desempenhados pela Constituição e pelos direitos fundamentais, conferindo a ela maior capacidade institucional e um horizonte ampliado dos efeitos sistêmicos de seus provimentos.

## Abstract

*It peers in the light of modern constitutionalism the classic debate of how to avoid arbitrariness and preserve freedom. Overcome the paradigms of modernity, the question is posed today to the judiciary decision making. If, on the one hand, inspired by the American judicial review, they still operate in an area of discretion, which yet tends to a sort of decisionism that remains from the first half of the twentieth century, on the other hand, the theory of the constitution is not poor of theoretical tools and learning history that comes to support for improvement. From the decision that led to the cancellation of Enunciate 394 of the Federal Supreme Court (Inq. 687-4/QO), the present seeks to demonstrate the distance that separates the rationality of the judicial practice from the rationality required by other autonomous systems and the discursive theory of society. The general conclusion is that the effectiveness of the jurisprudence depends not only on understanding the context in light of cases decided, but also depends on a political philosophy that allows the theory of law to better understand the meaning of the democratic process, from which the jurisdiction can view more clearly the roles to be played by the Constitution and fundamental rights, giving it greater institutional capacity and an expanded horizon of the systemic effects of their decisions.*

## Sumário

<b>Introdução</b> .....	9
<b>Capítulo 1 – Constitucionalismo e legitimidade</b> .....	14
1.1 A crise do liberalismo político e o constitucionalismo decisionista.....	24
1.2 Neoconstitucionalismo e decisionismo.....	46
<b>Capítulo 2 – A teoria discursiva da jurisdição constitucional</b> .....	62
2.1 Jurisdição e pluralismo.....	65
2.2 Justiça como igualdade complexa.....	89
2.3 A jurisdição entre subintegração e sobreintegração.....	97
2.4 As ideias de subintegração e sobreintegração como princípios hermenêuticos.....	105
<b>Capítulo 3 – Hermenêutica constitucional e processo democrático</b> .....	122
3.1 Hermenêutica jurídica e teoria do Direito.....	122
3.2 Processo democrático, política deliberativa e hermenêutica jurídica	150
<b>Conclusão</b> .....	163
<b>Bibliografia</b> .....	171



## Introdução

Ao pesquisar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o termo *processo democrático*, entre aspas, retornam dois julgados<sup>1</sup>. Os termos aparecem não nas ementas dos acórdãos, mas na parte denominada indexação. Um deles versa sobre captação de sufrágio e o outro sobre elegibilidade de ex-cônjuge de titular de mandato político.

Se inserido o termo *processo democrático*, sem aspas, retornam 213 precedentes, nenhum deles contendo a expressão – mas, sim, os termos *devido processo legal*, *processo penal democrático*, *regime democrático*, *princípio democrático*, *Código de Processo Penal*.

O processo democrático poderia ser entendido, em uma linguagem mais dogmática do que sociológica ou filosófica, como o bem jurídico a ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito. Se isso estiver correto, toda vez que o Poder Judiciário invocasse o princípio do Estado Democrático de Direito a justificar suas decisões estaria, de alguma forma, tutelando um aspecto do processo democrático. Não obstante, o termo *processo democrático* parece não fazer parte do cotidiano do Supremo Tribunal Federal.

Já pesquisando o termo *Estado Democrático de Direito*, entre aspas, surgem 82 (oitenta e dois) precedentes, uma quantidade bem superior de ocorrência do que o termo *processo democrático*.

Tais dados não permitem análises relevantes e precisas, dada a simplicidade das informações, o que não impede, entretanto, de se formular algumas ilações reflexivas que evidenciam a dificuldade do tema.

Os termos *processo democrático* e *Estado Democrático de Direito* devem ser utilizados pelos juízes o Supremo Tribunal talvez em proporção equivalente com que aparecem no sistema de busca (2 para 82).

A diferença de uso poderia indicar, ainda, o tratamento predominante dado a um dos termos pela dogmática jurídica, simplesmente em razão de *Estado Democrático de Direito* estar expressamente contido na Constituição Federal, o que não ocorre com *processo democrático*.

---

<sup>1</sup> Pesquisa realizada em 25/10/2011:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Talvez a ideia de *processo democrático* esteja mais relacionada aos estudos de sociologia e filosofia política do que propriamente à dogmática jurídica, enquanto o conceito de *Estado Democrático de Direito* apresentar-se-ia como termo “acabado”, aceito e funcionalmente apto a ser manejado dogmaticamente, capaz de interromper os resgates reflexivos típicos dos discursos não circunscritos da esfera pública.

Outro ponto que pode ser observado é que o termo processo democrático remete a uma análise voltada para o passado, à história do constitucionalismo, aparentemente pouco prestativo como instrumento de trabalho de uma jurisdição profissionalizada.

Esses pontos introdutórios servem para ilustrar desde logo a dificuldade de encontrar uma definição e um emprego preciso do termo *processo democrático*.

Mas, a dificuldade talvez esteja mesmo na necessidade de que, ao se tentar fazer um uso argumentativo do termo *processo democrático*, nos falte, ainda, uma construção teórica adequada a viabilizar o uso da expressão. Talvez a jurisprudência não seja ela mesma uma boa fonte<sup>2</sup>.

Uma definição dogmática para o termo *processo democrático*, como ocorre com *Estado Democrático de Direito*, tampouco seria recomendada, uma vez que este termo vem se mostrando cada vez mais um argumento “coringa”, reduzido muitas vezes à teoria dos direitos fundamentais, a qual, por sua vez, se socorre do princípio da dignidade da pessoa humana, dando curso a uma circularidade argumentativa que abstratamente não consegue informar muito.

Verificando os precedentes trazidos pelo sistema de buscas do Supremo Tribunal ao pesquisar por *Estado Democrático de Direito*, entre aspas, certifica-se que a Corte Constitucional se vale do termo para fundamentar: (1) o direito penal mínimo e fragmentário<sup>3</sup>; (2) a função contramajoritária da Corte, a justificá-la como ator legítimo para reconhecer a união civil entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, o papel institucional do STF

---

<sup>2</sup> Cf. SUSTEIN, 1996, p. viii: “Ordinary courts are reluctant to traffic in abstractions. Judges often proceed on a case-by-case basis; they are practitioners of the old, much-reviled, and indispensable art of casuistry”. Em seguida afirma: “This point is a clue to a mystery: how the enterprise of law is possible in a heterogeneous society composed of people who sharply disagree about fundamental values”.

<sup>3</sup> HC 107.638/PE, relatora min. Cármen Lúcia, julgado em 13/9/2011, Primeira Turma.

de guarda da Constituição e intérprete último de seus princípios<sup>4</sup>; (3) a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como requisito de validade do provimento jurisdicional<sup>5</sup>; (4) a impossibilidade de punir crimes contra a humanidade do período autoritário precedente, uma vez que o “Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo”<sup>6</sup>; (5) o papel da OAB na defesa da ordem jurídica<sup>7</sup>; (6) a caracterizar a normalidade institucional de Estado estrangeiro para (des)caracterizar situação de perseguição política para fins de extradição<sup>8</sup>; (7) e, mais à frente, a independência funcional dos juízes<sup>9</sup>, dentre outros.

Desse apanhado de julgados, tomados na ordem em que foram trazidos pelo sistema de pesquisa do Tribunal, tem-se um indício do quanto o termo mostra-se a um só tempo vago e útil para a atividade de fundamentação das decisões judiciais.

Não sem motivos o constitucionalismo moderno tem discutido incessantemente o problema da legitimidade do Direito, seja na forma de criação de leis abstratas pelo parlamento (por exemplo, os trabalhos de Carl Schmitt), seja no ato de concretização da Constituição segundo o modelo do *judicial review* (Ronald Dworkin) ou o dos tribunais constitucionais (Robert Alexy). É também sobre a validade da fundamentação do provimento jurisdicional (artigo 93, IX, CF) que se ocupa o presente trabalho.

O que se deve entender por legitimidade e racionalidade do Direito no contexto das sociedades plurais? A ideia de processo democrático teria alguma relação com o ato de interpretação/aplicação da Constituição? São essas as questões centrais que serão investigadas aqui a partir da metodologia crítico-reflexiva da Teoria da Constituição, a fim de revelar problemas ocultos decorrentes de práticas e pressupostos teóricos pouco refletidos<sup>10</sup>. A despeito

---

<sup>4</sup> AgR no RE 477.554/MG, Relator min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/8/2011, Segunda Turma.

<sup>5</sup> HC 103460/MG, Relator min. LUIZ FUX, julgado em 16/8/2011, Primeira Turma.

<sup>6</sup> ADPF 153/DF Relator min. EROS GRAU. Julgado em 29/4/2010, Tribunal Pleno.

<sup>7</sup> AgR no RE 259976, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgado em 23/3/2010. Segunda Turma.

<sup>8</sup> Ext 1085/república Italiana. Relator min. CEZAR PELUSO. Julgado em 16/12/2009, Tribunal Pleno.

<sup>9</sup> Inq 2699 QO / DF. Relator min. CELSO DE MELLO. Julgado em 12/3/2009. Tribunal Pleno.

<sup>10</sup> “(...) assume-se a Teoria da Constituição como uma Teoria Política do Direito Constitucional e como Teoria Científica do Direito Constitucional. (...) É uma teoria política porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional. É uma teoria científica porque procura descrever,

de ainda nos faltar uma situação clássica da Teoria da Constituição<sup>11</sup>, o critério para o recorte bibliográfico baseia-se na comunhão do conceito de Constituição como sistema aberto de princípios e regras e na perspectiva crítica de seus autores.

Impõem-se, ainda, severas simplificações das circunstâncias de aplicação e de questões teóricas, como não poderia ser diferente ante as limitações de tempo e recurso. Por exemplo, a jurisdição constitucional é o centro da discussão sobre a hermenêutica jurídica, evitando-se ter de lidar com toda forma de aplicação do Direito (seja pela administração, seja pelo particular). Outra redução de complexidade metodológica recai sobre a avaliação de apenas algumas decisões, dispensando mesmo um levantamento estatístico recomendável, a fim de viabilizar o aprofundamento da questão da racionalidade da jurisprudência no capítulo 2, quando se estudam os fundamentos e os efeitos decorrentes da decisão na Questão de Ordem no Inquérito 687-4/SP, que levou o Supremo Tribunal Federal a cancelar a Súmula 394.

O marco teórico não é explorado em todos os seus aspectos. A bibliografia contemporânea é farta. Um esgotamento das fontes pertinentes sobre os vários pontos aqui tratados seria impossível. Procurou-se, portanto, fundamentar e sistematizar os conhecimentos a partir das obras dos autores centrais da Teoria da Constituição, como Carl Schmitt, Hans Kelsen, J. J. Gomes Canotilho, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Marcelo Neves.

Há de se mencionar ainda a ajuda de estudiosos como Karl Larenz e Paulo Bonavides, assim como os trabalhos de neoconstitucionalistas como o

---

explicar e refutar os fundamentos, ideias, postulados, construções, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional. (...) Aspira ainda a ser estatuto teórico da teoria crítica e normativa da constituição (...): (1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma constituição nos momentos constitucionais; (2) como fonte de descoberta das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos constitucionais; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais procurando evitar que os seus prejuízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos e éticos afetem a racionalidade e razoabilidade indispensáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito democrático-constitucional.” (CANOTILHO, 4ª Edição, p. 1286-1287)

<sup>11</sup> Situação clássica é “aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos conceituais e métodos de conhecimento.” (CANOTILHO, p. 1285). Para Canotilho, “(...) a divergência profunda quer quanto aos problemas constitucionais da contemporaneidade quer quanto às respostas dadas a esses problemas torna hoje improvável o aparecimento de uma situação clássica da teoria da constituição.” (idem)

de Luis Prieto Sanchís, o qual permitiu exemplificar o estado da arte atual da hermenêutica constitucional a partir da qual se faz alguns apontamentos problemáticos.

Surge, dos encontros e desencontros teóricos, a necessidade de ampliar os horizontes da dogmática jurídica, a fim de proporcionar um aumento na capacidade institucional dos tribunais e no horizonte científico dos juristas. Isso se deve pela impressão de que algumas decisões, dada a complexidade da situação de aplicação, terminam consolidando entendimentos que levam à ineficácia e à negação da própria Constituição.

Na esteira da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, pretende-se esclarecer a ideia de processo democrático, a conferir maior precisão ao papel da Constituição e dos direitos fundamentais num contexto político e cultural marcado pela complexidade e pelo pluralismo das sociedades atuais.

O primeiro capítulo retoma as ideias centrais do constitucionalismo e os problemas que encontrou e ainda enfrenta tanto na Europa continental quanto nos EUA, revelando, em ambos os locais, um decisionismo judicial próprio de uma “teologia constitucional” (Ingeborg Maus). Exemplos do Tribunal Constitucional alemão e da Suprema Corte norte-americana são trazidos por seus maiores estudiosos, manejados aqui para mostrar o problema relativo à legitimidade e racionalidade do Direito.

O segundo capítulo dedica-se a uma Teoria Discursiva da Jurisdição. Partindo do diagnóstico decisionista verificado ainda no capítulo 1, procura-se resgatar a matriz que inspirou a discricionariedade deste modelo, mas que com ele não se identifica. Retomam-se os trabalhos centrais de Dworkin para complementá-lo com os estudos de Habermas e Marcelo Neves. Com Dworkin, resgata-se a forte exigência de fundamentação das decisões judiciais, a partir do critério de coerência das decisões, ilustrado pela forma de decidir os *hard cases* do juiz Hércules. Com Habermas, entende-se que esse processo de fundamentação deve se dar de forma discursiva, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (Peter Häberle), a fim de evitar o entrincheiramento de valores específicos que venham a se tornar

imunes à crítica reflexiva das sociedades plurais (Michel Rosenfeld). Com Marcelo Neves, procura-se esclarecer a necessidade de se considerar, no ato de concretização da norma constitucional, a racionalidade própria dos diferentes sistemas sociais que o Direito regula. Isso fica claro a partir da ideia de justiça como igualdade complexa. Enfrenta-se, ainda, o problema do fechamento operacional do Direito nas sociedades periféricas a partir dos conceitos de sobreintegração e subintegração, questão formulada também por Marcelo Neves. Para ilustrar parte das questões levantadas, enfrenta-se a divergência no seio do Supremo Tribunal Federal quanto ao cancelamento da Súmula 394, a fim de demonstrar que em determinadas situações há uma distância entre a práxis da jurisdição e a racionalidade requerida a nível teórico e prático.

Finalmente, o terceiro capítulo relaciona a hermenêutica constitucional com o processo democrático. Alguns apontamentos são feitos sobre o papel e os limites da Constituição e dos direitos fundamentais, bem como se ressalta a necessidade do Direito em lidar com os aspectos da legitimação (aceitação fática) e da legitimidade (aceitabilidade racional) de suas normas. Aqui, a divisão de tarefas que o Direito estabelece com a esfera pública e os demais sistemas autônomos para a integração social depende da sua capacidade em assegurar a autonomia privada e pública do cidadão, fato esse que deve informar o processo hermenêutico de concretização da Constituição.

## **Capítulo 1 – Constitucionalismo e legitimidade**

O constitucionalismo “diz respeito às leis fundamentais e à identidade, ou melhor, à autocompreensão de uma sociedade política específica” (Nolte, 2005, p. 04<sup>12</sup>). Nesse sentido concreto, do constitucionalismo como uma filosofia política compartilhada socialmente, não

---

<sup>12</sup> Nesta obra coletiva, *European and US constitutionalism*, ficam evidenciadas diferenças de compreensão/aplicação de princípios como liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana, ou ainda sobre aplicação horizontal dos direitos fundamentais na União Europeia e nos EUA (participam Giovanni Bogneri, Michel Rosenfeld, Dieter Grim, Frank I. Michelman, Lech Garlicki entre outros).

encontraremos um único fenômeno constitucionalista, mas vários<sup>13</sup>. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho (4ª edição, p 51):

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês).

Em que pesem as particularidades históricas, Canotilho sintetiza o fenômeno sob um critério finalístico. O constitucionalismo, aqui e ali, teria hoje a função de “(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”. Conclui ele que “os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades” (CANOTILHO, 4ª Edição, p. 55-56)<sup>14</sup>.

Anota Luis Prieto Sanchís (2007, 213-235) que o fenômeno hodierno da “constitucionalização dos direitos”, ou neoconstitucionalismo (CARBONELL, 2005, 2007), herdou duas características centrais relacionadas ao constitucionalismo dos EUA e da França, que praticamente se universalizaram nos países de tradição romano-germânica com a adoção das cortes constitucionais (ou tribunais constitucionais), sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Por um lado, a Constituição norte-americana apresentaria um caráter mais formal e procedimental do que material e substancial, a assegurar o processo político num ambiente de liberdade e igualdade entre os cidadãos<sup>15</sup>. Por outro, o constitucionalismo francês teria presenteado a tradição romano-

---

<sup>13</sup> Haveria, no entanto, permeando esses diferentes contextos, uma tradição jurídica ocidental que abarcaria o desenvolvimento do direito enquanto conhecimento ordenado e analiticamente sistematizado a partir do direito canônico medieval, como Harold J. Berman sugere em *Direito e revolução* (2006).

<sup>14</sup> FIGUEROA classifica três tipos de constitucionalismo: constitucionalismo teórico, constitucionalismo ideológico e constitucionalismo metodológico (este subdividido em teorias particulares do direito – Dworkin, Habermas, Ferrajoli, Alexy – e a teoria da constitucionalização à constitucionalidade – sem mencionar os autores, neste caso). Cf. Figueroa, 2005, p. 170 et. seq.

<sup>15</sup> Cf. a respeito *Democracia e desconfiança*, de John Hart Ely (2010), ressaltando o caráter processual das normas constitucionais norte-americanas: “Na verdade [o constitucionalismo americano] não proclama nada além da necessidade de um governo civilizado para toda a humanidade; a versão francesa (...) proclama a existência de direitos independentes do corpo político e também alheios a ele (...)” (HANNAH ARENDT apud ELY, 2010, p. 118).

germânica com o aspecto ideológico das cartas fundamentais<sup>16</sup>, declarando direitos materiais dos cidadãos e fixando objetivos a serem perseguidos, como que orientando a sociedade e o poder estatal<sup>17</sup>.

Seja qual for a tradição constitucional, o objetivo do constitucionalismo pode ser sintetizado em uma única questão: evitar o arbítrio<sup>18</sup>. A Constituição, hierarquicamente superior às demais leis, conforme consagrado pelo *justice* John Marshal no caso *Marbury vs. Madison* (1803), remonta, de alguma forma, à tradição inglesa e à ideia do Estado submetido ao princípio do *rule of law*<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 o caráter substantivo fica evidenciado: "Art. 1er. - *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* Art. 2. - *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.* (...) Art. 12. - *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.* Art. 13. - *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.*" (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>).

<sup>17</sup> "Frente al rousseauiano poder constituyente que nunca termina de constituirse y que desemboca en la supremacía del Parlamento y de su ley, ahora el poder constituyente ha querido tomar cuerpo en un documento que se postula como supremo y garantizado; y aquí es preciso reconocer la deuda con la tradición norteamericana. Pero frente a esta última, basada en un texto más procedimental llamado a asegurar la autonomía privada y la democracia política, nuestro constitucionalismo no ha dudado en dar entrada a una amplia y compleja constelación de normas sustantivas que condicionan muy severamente aquello que, para decirlo en la terminología de Ferrajoli, el gobierno y la mayoría no pueden decidir y aquello otro que tampoco deben dejar de decidir. El catálogo de derechos fundamentales condensa tanto lo uno como lo otro; y aquí se impone reconocer la deuda con la Revolución francesa. (Sanchís, 2007, p. 214-215)".

<sup>18</sup> Quentin Skinner (2008), estudando autores pré-constitucionalistas, remonta a Nicolaus de Tudeschis (1386-1445) a defesa do direito de resistência contra a opressão: "*When Tudeschis turns, moreover, to give his own opinion on the problem (...) an unjust judge 'may be resisted with violence' (fo 78b). And he adds that this appears to him to license two conclusions. One is that 'if a judge proceeds unjustly' and the injury involved is 'notorious', then the plaintiff may resist immediately, although 'if the injury is not notorious he ought first to lodge an appeal' (fo 79a). The other is that, even in the case of a lesser injury, 'we must always remember Innocent's dictum to the effect that it becomes possible to resist with violence as soon as an appeal has been made' (fo 79a)*" (p. 125).

<sup>19</sup> "*The rule of law* significa, em primeiro lugar, na sequência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of law* significa a proeminência das leis e costumes do 'país' perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim destes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (Common Law) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)." (CANOTILHO [4ª edição], p. 33). Ainda num contexto pré-revolucionário, cf. Skinner, 2004, p. 114 e seg. Por exemplo, Mayer e seus alunos, em Sorbonne, no início do século XV: "*The Sorbonnestis next go on to deduce both two corollaries about the location of*



Até a Segunda Guerra Mundial, a principal diferença entre o constitucionalismo continental europeu e o norte-americano, no que toca à jurisdição constitucional, encontrava-se no órgão estatal considerado legítimo<sup>20</sup> para concretizar as normas constitucionais em última instância. Os países da Europa continental regiam-se pelo princípio da soberania popular, cuja conclusão foi a de depositar na representação política parlamentar a legitimidade para concretizar os valores insertos em suas cartas. Já nos EUA, a tarefa de dar a última palavra sobre a interpretação e concretização da Constituição, foi assumida pelo Poder Judiciário para a resolução de casos concretos desde o caso *Marbury vs. Madison*, possivelmente inspirado na ideia de *rule of law* dos ingleses.

Nos países de tradição romano-germânica, o controle de constitucionalidade das leis foi implementado a partir de 1920, com a criação da Corte Constitucional austríaca<sup>21</sup>. Desde então, os fundamentos teóricos de legitimidade da jurisdição constitucional são temas centrais da Teoria da Constituição<sup>22</sup>, que surge no título de obra de Carl Schmitt (1927)<sup>23</sup>.

Com o “começo do fim” do Estado dirigente na década de 1970<sup>24</sup>, o tema da legitimidade da jurisdição constitucional ganha relevância ímpar, com

---

*sovereignty within political society which Gerson had already emphasized. Far more decisively than any of their predecessors, they insist that political authority is not merely derived from but inheres in the body of the people. So they conclude that the people only delegate and never alienate their ultimate power to their rulers, and thus that the status of a ruler can never be that of an absolute sovereign, but only that of a minister or official of the commonwealth.”* (p. 119-120)

<sup>20</sup> Legitimidade ou legítimo deve ser entendido no sentido de que não há um esquema natural de tripartição de poderes, mas antes uma filosofia jurídico-política que legitima uma determinada configuração constitucional concreta. Por exemplo, a definição de Cristina Queiroz (2009, p. 28): “O poder político, ou poder de domínio, não se apresenta como algo de preexistente e aceite, antes necessita de uma base jurídica de fundamentação e justificação – a legitimação. O Estado tem o poder de fixar as regras de conduta e de as fazer cumprir. A ideia de Estado encontra-se ligada à noção de ‘poder normativo’, isto é, um poder conforme ao Direito”.

<sup>21</sup> Sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade na Europa, conferir Mauro Cappelletti (1992) e Louis Favoreu (2004).

<sup>22</sup> Afirma Sanchís (2007, p. 215 et seq.): “*justamente aquello que temía Kelsen representa hoy la seña de identidad del nuevo constitucionalismo; éste no sólo gira en torno a los derechos o, si se querer también, a los valores y principio, sino que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces, a todos los jueces y no sólo, ni principalmente a un especialísimo Tribunal Constitucional. (...) algo que hoy puede parecer tan obvio y pacífico que ni siquiera requiere explicación, pero que a finales de los años setenta del pasado siglo encontraba resistencias incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”

<sup>23</sup> Sobre a caracterização da Teoria da Constituição, conferir Marcelo Cattoni (2001, p.165 e seg.), distinguindo ainda da Teoria Geral do Direito Público, das *Institutions Politiques* e da Teoria do Estado.

<sup>24</sup> Cf. Paulo Bonavides (2001, *passim*).

ênfase na atividade criativa da interpretação da Constituição em face das leis do parlamento. A discussão consiste ainda em saber como se pode evitar que o Poder Judiciário se torne ele mesmo um órgão paternalista.

O constitucionalismo foi inspirado na filosofia política de Locke, Rousseau, Montesquieu, nos autores federalistas e, sobretudo, no processo pós-revolucionário norte-americano, com a contribuição decisiva do *justice Marshal*<sup>25</sup>.

Na Europa pós-revolucionária, alguns já intuíaem que o constitucionalismo não consistia em um fim em si mesmo, mas dava curso ao desenrolar histórico, como que disciplinando um caminhar permanente, no sentido de um processo histórico<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2008) esclarecem o processo histórico que leva paulatinamente a Constituição a afirmar-se como norma superior a ser interpretada pelo Poder Judiciário, a partir de 1803, com a célebre decisão do caso *Marbury vs. Madison*. Tal é o trecho que esclarece as razões para se recusar aos “pais fundadores da América” a concepção de que a constituição vincularia o próprio parlamento: “As constituições dos Estados (...) não foram concebidas como documentos legais de tipo superior. (...) Ainda era muito forte a ideia, nas ex-colônias, de representação total pela assembleia, o que significava que os membros dos corpos legislativos tinham responsabilidade apenas perante o eleitorado: não estavam limitados por nenhum outro documento político ou jurídico (...) Esse quadro sofreria abalos em meados da década de 1780 (...) Isso decorreu principalmente, do crescente desgaste das legislaturas estaduais, que passaram a ser vistas como detentoras do monopólio do poder político e da crítica (...) acerca da enorme liberdade concedida às assembleias de alterar, de acordo com maiorias ocasionais e de paixões políticas do momento, as bases da Constituição. Aumentavam as divisões internas nas assembleias estaduais, o que tornou mais distante a ideia de representação vista como algo concreto, total, e gerou uma desilusão no eleitorado acerca do papel desempenhado pelo Poder legislativo” (p. 149-151). Quanto ao *judicial review*, afirmam os autores, analisando as intenções dos constituintes norte-americanos e as práticas constitucionais dos Estados, que “duas grandes barreiras se colocavam, nos tempos pós-revolucionários, à concepção de que alguma lei decidida pelos órgãos representativos locais pudesse ser anulada, sob o argumento de inconstitucionalidade, por qualquer juiz ou tribunal. A primeira delas – mencionada anteriormente – é a visível confusão em que incorriam as Estados (e seus órgãos deliberativos e judiciais) acerca do caráter fundamental das Constituições. Com certeza elas eram vistas como algo relevante, dominante (nesse sentido fundamental), mas não eram consideradas vinculantes em relação ao Poder Legislativo. O segundo obstáculo para a aceitação de um *judicial review* no âmbito estadual encontra-se numa aversão que a maior parte dos cidadãos dos Estados conservavam quanto ao Poder Judiciário. Eram comuns as queixas relacionadas à crescente complexidade do common law, que afastaria o controle público dos atos judiciais e representaria a oportunidade para manipulação desenfreada do conteúdo das leis por profissionais versados no linguajar complexo e obscuro do common law. (...) E o que é decisivo: a Constituição Federal norte-americana é ‘notavelmente silente’ quanto ao *judicial review*. (...) A discussão, na Convenção de Filadélfia, contemplava, inicialmente, um anteprojeto preparado em grande parte por James Madison – o chamado *Virginia Plan* – substancialmente vago em relação às atribuições do Poder Judiciário e colocava ênfase num órgão denominado Conselho de Revisão, formado por representantes escolhidos pelo Executivo e pelo Judiciário, que teria o encargo de analisar o teor de disposições aprovadas pelo Poder Legislativo, com poder de veto. Tal parte do *Virginia Plan* foi rejeitada na Convenção” (p. 152-155).

<sup>26</sup> A ideia de processo democrático, trabalhada melhor pelos norte-americanos no modo em que estruturaram as normas da Constituição (ELY, 2010), também começava a ser intuída pelos franceses no

Rousseau conjugou a ideia do soberano com a de república e povo, permitindo que fosse atribuída ao parlamento a legitimidade de reverberar a vontade geral da nação. John Locke (2005) nos trouxe um protótipo de divisão de poderes, aperfeiçoado por Montesquieu, e a ideia de que todo indivíduo nasce livre e tem o direito de ter sua propriedade (vida, liberdade e bens) assegurada contra o Estado, consagrando ainda o direito de resistência dos pré-constitucionalistas<sup>27</sup>. Todas, ideias adotadas pelos constituintes norte-americanos, que equilibraram o princípio de um parlamento soberano com um “modificado” princípio de divisão de poderes, que ficou consagrado pelo nome de *checks and balances*.

No século XX, a ideia de uma ciência jurídica autônoma das demais áreas do conhecimento (sociologia, filosofia moral e política) divorciou o estudo do sistema jurídico do fenômeno do político (crítica feita por Carl Schmitt ao positivismo jurídico-científico), afastando do Judiciário a possibilidade de lançar mão de normas substantivas para a apreciação da validade das leis produzidas pelo parlamento.

A formulação de uma teoria pura lógico-formal terminou por inviabilizar uma racionalidade hermenêutico-pragmática, impedindo que o direito positivo, mesmo com o advento das Cortes Constitucionais, pudesse controlar o conteúdo da lei *formalmente* válida. Critérios de justiça, correção e coerência terminaram afastados da teoria jurídica<sup>28</sup>. Vale dizer que quando o

---

século XIX. Hobsbawm recorta registros da época que indicam o início de uma compreensão processual e contingente da política: “*En Francia, la esperanza de que hubiese llegado a una conclusión definitiva en 1830 dio paso al pesimismo y a la incertidumbre entre los liberales. ‘No sé cuándo terminará este viaje – exclamó Tocqueville poco después de 1850 -. Estoy cansado de pensar, una y otra vez, que hemos alcanzado la costa y descubrir que solo se trataba de un engañoso banco de niebla. A menudo me pregunto si esa tierra firme que andamos buscando desde hace tanto realmente existe, o si nuestro destino será navegar en un océano tormentoso para siempre’.* Fuera de Francia, utilizando el mismo símil, Jacob Burckhardt, en la década de los setenta del siglo pasado, inauguro su curso sobre la Revolución francesa con estas palabras: ‘Sabemos que la misma tormenta que azotó a la humanidad en 1789 nos sigue conduciendo hacia el futuro’”. (HOBSBAWM, 2003, p. 61).

<sup>27</sup> Sobre os pré-constitucionalistas, conferir Skinner, 2004, p. 113 e seg., bem como nas notas acima com transcrições.

<sup>28</sup> Em 1945, Kelsen enuncia a perspectiva de uma ciência pura do Direito nos seguintes termos: “Justiça é uma ideia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional existem apenas interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento do outro... Que apenas uma ordem seja justa não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional. Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem

positivismo deparou com o problema da textura aberta da linguagem, a solução “coerente” com a pretensão de pureza científica do positivismo jurídico<sup>29</sup> foi reconhecer a discricionariedade ampla do juiz<sup>30</sup>.

As teses de Schmitt e o desenvolvimento dos fatos na Alemanha que levaram à Segunda Guerra Mundial evidenciaram a falência da ideia de democracia baseado no princípio da identidade entre governantes e governados ou de um empreendimento como o da Teoria Pura do Direito, de caráter lógico-formal (LARENZ, 2009, p. 91-108), incapaz de fazer frente aos abusos dos discursos políticos que “reinterpretavam” os princípios jurídicos e políticos, instrumentalizando o direito para usá-lo contra as minorias (políticas, ideológicas e étnicas), contra a própria ideia inaugural do constitucionalismo,

---

é o direito positivo. Somente isso pode ser objeto da ciência; somente isso é objeto de uma teoria pura do Direito. Ela busca um direito real e possível não o correto. É neste sentido uma teoria radicalmente realista e empírica. Ela declina de avaliar o direito positivo. (...) E, apesar do ideal de justiça em seu sentido original, tal como o desenvolvido aqui, ser razoavelmente diferente do ideal de paz, existe uma tendência definida de identificar os dois ideais ou de, pelo menos, substituir o ideal de justiça pelo de paz (...) Nesse sentido, a 'justiça significa legalidade; é 'justo' que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É 'injusto' que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece 'injusto' sem levar em conta o valor da regra em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. 'Justiça' significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se da justiça 'sob o direito'." (KELSEN, 2000, p. 19-21).

<sup>29</sup> “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.” (BOBBIO, 2006, 135)

<sup>30</sup> No último capítulo de Teoria Pura do Direito, edição de 1960: “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica (...) O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...) Sendo assim, 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 pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. (...) Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’” (KELSEN, 2006, p. 390-392). Corroborar com o entendimento apresentado também o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 119): “Kelsen (...) ao vislumbrar uma atividade volitiva no ato decisório, via exatamente uma liberdade concedida ao aplicador do Direito em casos tais. (...) Ademais, o elemento volitivo presente em sua Teoria da Decisão explicaria o porquê da tomada de posição por magistrados, sustentada exclusivamente em juízos de valor/preferência individuais diante de casos concretos. Para ele, a ciência do Direito teria seu objeto limitado ao fornecimento das molduras das possíveis interpretações/soluções. Contudo, a ‘interpretação autêntica’, realizada pelos operadores do Direito, certamente poderia deparar-se com situações nas quais somente a discricionariedade/subjectividade poderia solucionar a questão”.

de que todos nascem livres e iguais, e tem direito à própria vida, à liberdade individual e aos seus bens.

O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt traz precisamente a celebração do aspecto do político sob uma perspectiva crítica típicos da Teoria da Constituição ao tempo em que também se tornava famosa a Teoria Pura do Direito, gerando uma discussão profícua entre a vertente decisionista da representação política (seja atribuindo a última palavra ao parlamento, que Schmitt tanto criticou, seja conferindo a guarda da Constituição ao Presidente da República, como defendeu) e a vertente normativista (e ao fim também decisionista) da guarda da Constituição por uma Corte Constitucional.

A Teoria da Constituição volta-se à análise do papel do Direito enquanto sistema central de integração social, refletindo criticamente o fenômeno político à luz das instituições jurídicas, resgatando o elo perdido com os iluministas que inspiraram a Constituição escrita e a fórmula de divisão de poderes com a finalidade única de evitar o arbítrio<sup>31</sup>.

Schmitt (1996) contesta o sistema parlamentar ao mesmo tempo em que recusa atribuir a um tribunal constitucional a competência de dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição (SCHMITT, 1983). Para ele, o presidente alemão seria o ator político legítimo a dar a palavra final sobre a interpretação da Constituição, enquanto Kelsen aponta a ausência de imparcialidade do presidente, defendendo fosse dada essa atribuição a um órgão neutro, como a Corte Constitucional austríaca, que já havia sido criada em 1920.

---

<sup>31</sup> “Uma teoria da constituição no sentido de uma teoria normativa da política não é uma inovação do nosso século. É certo que a teoria da constituição anda associada a três brilhantes juspublicistas alemães da década de 20-30: Hermann Heller, Carl Schmitt e Richard Smend (mas não devemos descuidar Hans Kelsen e Heinrich Triebel). Todos eles procuraram compreender a crise do constitucionalismo liberal e do positivismo jurídico estatal afirmando a necessidade de uma teoria da constituição atenta à realidade constitucional e às transformações econômicas, políticas e sociais. Mas, já antes, a filosofia do constitucionalismo desenvolvida por homens como Locke, Rousseau, Montesquieu e Tocqueville, havia estudado as formas jurídicas do político, procurando articular um conjunto de conhecimentos temáticos, experiências práticas e ideias normativas sobre o modo de se ordenar jurídico-constitucionalmente a polis.” (CANOTILHO, p. 1287) (destaque do original).

Trata-se, no fundo, de uma discussão teórica de grande profundidade, cujo ponto central está em oferecer uma fundamentação à *legitimidade* do órgão do Estado que deve interpretar e aplicar a Constituição.

Após a Segunda Guerra Mundial, ante as atrocidades nazistas e os estimados 50 milhões de mortos, as constituições dos Estados europeus inauguram o princípio da dignidade da pessoa humana como valor constitucional, resgatando o jusnaturalismo revolucionário dos séculos XVII e XVIII<sup>32</sup>. Foi o momento de reinstalar as Cortes Constitucionais criadas até 1945. Incumbidas formalmente de aplicar a Constituição em face do legislativo e do executivo, elas são difundidas paulatinamente na Europa<sup>33</sup>.

Desde as primeiras Constituições sociais do México de 1917 e da Alemanha de 1919 – ao ter de lidar com textos gerais e metas sociais típicas do modelo do Estado de Bem-Estar Social, talhados nas Constituições a partir daí, os juízes de tradição romano-germânica se veem sem instrumental apropriado que lhes servisse de método de aplicação. Incapazes de aplicar o Direito que se dirigia então à atuação do Estado-governo, as Constituições perdiam parte de seu caráter prescritivo.

Sobretudo após 1945, os investimentos estatais são ainda mais incrementados por meio do Plano Marshall para a recuperação da Europa, conferindo justificativas para uma maior ampliação à atuação do governo (Poder Executivo) na concretização dos princípios sociais das chamadas Constituições analíticas (ou prolixas). São gastos típicos do Estado de Bem-

---

<sup>32</sup> O artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU enuncia: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

<sup>33</sup> Ao introduzir *As cortes constitucionais*, de Louis Favoreu (2004), Luiz Moreira comenta a progressiva adoção das cortes constitucionais na Europa continental: “A Corte Constitucional mais antiga da Europa é a da Áustria. No entanto, durante a Segunda Guerra Mundial, suas atividades foram interrompidas, somente sendo retomadas em 1945. A instauração da justiça constitucional na Alemanha e Itália, bem como sua disseminação europeia na segunda metade do século passado se deveu, como sabido, às razões históricas das experiências nazista e fascista, reveladores da possibilidade de arbítrio dos poderes legislativo e executivo na elaboração e aplicação de leis votadas conforme maiorias parlamentares circunstanciais, em detrimento de qualquer limite às suas decisões” (p. 10). “Assim como na Áustria, as Cortes da Itália, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Bélgica também só foram restabelecidas após 1948, algumas só apresentando sua forma atual após a década de 70. Já na Europa do Leste – exceto na Polônia, as Cortes Constitucionais só foram instaladas após 1989, com a queda do regime soviético.” (idem, nota nº 2).

Estar Social, visando ao melhoramento e à universalização dos serviços de saúde, educação, infraestrutura, pesquisa, assegurando, por meio de um sistema de seguridade social amplo e universal, renda mínima e habitação.

Após a crise do preço do petróleo na década de 1970, e com a chamada globalização da economia a partir dos anos 1980, o financiamento desse conforto coletivo providenciado pelo Estado é comprometido. Na medida em que o Estado chega ao limite de seu financiamento, perdendo competitividade para os países em desenvolvimento que acolhem as unidades produtoras das empresas sufocadas pelos encargos, insumos e pelo custo da mão de obra, os benefícios sociais começam a ser reduzidos. A hermenêutica jurídica, que antes aguardava a concretização das normas programáticas pelo Estado que efetivamente implementava benefícios, passa a observar um retrocesso dessas conquistas e o desrespeito aos comandos que asseguravam aquele nível de benefícios outrora garantido pelas finanças públicas (MAGALHÃES, 2000, p. 46 e seg.).

Inicia-se uma paulatina transformação na forma de interpretar e aplicar a Constituição dos países de tradição jurídica romano-germânica, a que uns dão o nome de neoconstitucionalismo, cuja questão central reside na chamada nova hermenêutica.

Seus principais pontos de apoio residem na elevação dos princípios jurídicos ao *status* de normas autoaplicáveis e a atribuição às cortes constitucionais de interpretar e concretizar os princípios da Constituição a partir de discursos jurídicos abertos, não mais restritos à letra da lei – tem-se o marco desse processo na tópica de Theodor Viehweg (BONAVIDES, 2001, p. 446 e seg.).

A discussão sobre a legitimidade de aplicar princípios a partir de uma argumentação ampla envolvendo as peculiaridades do caso concreto encontra dificuldades no princípio da separação de poderes no que toca ao Legislativo e ao Judiciário, geralmente apontando-se contra este o déficit democrático de não ter seus membros eleitos pela cidadania.

Para discutirmos a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, lança-se mão do famoso debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Essa discussão servirá de mote para explicitarmos o problema do decisionismo ou da arbitrariedade que permanece na teoria hermenêutica neoconstitucionalista atual, trazida por Luis Prieto Sanchís, por exemplo, o que deve permitir ao menos uma tomada de consciência quanto à condição imprecisa da linguagem e das leis abstratamente formuladas, cuja conclusão indicará formas menos verticais aplicação da lei fundamental, com a ideia de sociedade aberta de interpretes da Constituição de Peter Häberle.

### 1.1 A crise do liberalismo político e o constitucionalismo decisionista

Na década de 1920 o nome de Carl Schmitt destacava-se na Alemanha pelos trabalhos eruditos e ataques veementes ao sistema parlamentar liberal. Inspirado em Bodin, Hobbes e Benjamin Constant, eternizou-se como o jurista de Hitler, ao desenvolver uma *Teoria Decisionista da Democracia*. Chegou a defender os assassinatos de membros da SA a mando de Hitler, ocorridos em 30 de junho de 1934, aplicando ao episódio sua “teoria da democracia” (cf. infra).

Mantinha a crença de poder influenciar para fortalecer o país frente aos males do liberalismo político moderno<sup>34</sup>, que tanto criticara em *Teologia política* (1922). Foi este escrito que ensejou o célebre debate com o então consagrado jurista austríaco Hans Kelsen, judeu, que já gozava de grande prestígio, como membro da Corte Constitucional austríaca durante os anos 1920, e que, após ser perseguido na Áustria, radicou-se nos EUA a partir de 1933. A controvérsia entre eles: quem deveria ser o guardião da Constituição?

De um lado, Schmitt defendia o presidente da república alemã como ator legítimo a aplicar a norma constitucional, partindo de uma perspectiva jurídico-sociológica ou material do conceito de Constituição<sup>35</sup>. Kelsen, por sua

<sup>34</sup> Conferir Macedo Júnior (2001, p. 13 e seg.).

<sup>35</sup> Conforme sintetiza Cristina Queiroz (2009, p. 125), o sentido de Constituição material seria “o conjunto de forças sociais, partidárias, culturais, econômicas e religiosas, que transportam determinados interesses, valores ou mundivivências, condicionadores do conteúdo do pacto fundador. É esta a tradição



vez, atribuía a função a um órgão distinto dos três poderes, denominado Corte Constitucional, em funcionamento desde 1920 na Áustria.

Num contexto politicamente instável em toda a Europa<sup>36</sup>, os dois juristas discutiriam quem deveria interpretar em última instância a lei máxima regente do poder político e protetora dos direitos fundamentais individuais e sociais num contexto paradigmático de Estado Social, inaugurado com a Constituição de Weimar de 1919. O peso normativo da ideia de *função social* do Estado pode ser verificado na anotação de Hermann Heller, citando Gerhart Niemeyer: "Por esta função social, e só por ela, devem explicar-se casualmente todas as propriedades, instituições e notas conceituais do Estado" (*apud* HELLER, 1968, p. 09).

Atribuía-se pela primeira vez ao Estado as tarefas de intervir na economia e induzir o desenvolvimento econômico, fiscalizar atividades empresariais, regular contratos e as relações de trabalho, promover educação e saúde, em suma, não só se permitia, como também se induzia, a interferência nas liberdades negativas antes relativamente intocadas, agora em prol da promoção de um bem-estar social, na esteira da reinterpretação do princípio da igualdade, materialmente concebido para ser socialmente aferido em termos de acesso a bens e serviços tidos por necessários à chamada justiça social<sup>37</sup>.

---

da escola alemã 'decisionista' de Carl Schmitt ou da 'teoria da integração de Rudolf Smend' (...): a ideia de constituição como 'compromisso político' entre os grupos sociais que participaram na sua feitura, surgindo o documento constitucional como uma forma de 'compromisso' entre os grupos sociais que participaram na sua feitura, surgindo o documento constitucional como uma forma de 'compromisso' ou 'armistício' entre forças políticas concorrentes. Trata-se, numa palavra, de um conceito de constituição tendencialmente 'sociológico'".

<sup>36</sup> A revolução comunista tomava lugar da Rússia czarista. Na Itália, Mussolini governava desde os anos 1920, os norte-americanos recuperavam-se do *crash* da bolsa de Nova York e na Alemanha Hitler assumia como chanceler em 1932 em meio a grave crise econômica.

<sup>37</sup> "A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; igualdade niveladora, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito. Pelo princípio da igualdade material entende-se, segundo Perenthaler, que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais. Só assim, acrescenta ele, apoiado sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Áustria, pode o princípio da igualdade se converter em princípio jurídico básico do Estado prestacionista e administrativo." (BONAVIDES, 2001, p. 343-344)

O Estado de Bem-Estar Social – que ao mesmo tempo se contrapunha à alternativa das revoluções socialistas – permitiu que o Executivo tivesse ampliada sua atuação, de tal modo que a relação entre Estado de Direito e Estado Social chegou a ser comprometida em muitos casos, conforme registra Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 41-42):

Tanto é assim que há modelos de Estado sociais que se encaminharam para o totalitarismo, e cabe aqui referir as experiências do nazi-fascismo na Alemanha e na Itália. Mesmo o Brasil experimentou o Estado Novo, que outra coisa não foi senão a manifestação de uma forma de organização política que se recusava a guardar qualquer tipo de relação com o Estado de Direito.

O debate construído por textos das décadas de 1920 e 1930 torna-se particularmente importante não pelo rompimento com a legalidade durante o governo nazista na Alemanha, mas pela utilização do discurso oficial de uma ideia de legalidade e de um discurso do princípio da democracia que pudessem “justificar” um regime autoritário. É significativa a resposta de Adolf Eichmann, da SS (guarda pessoal do *Führer*), em seu julgamento em Jerusalém, de que ele apenas *cumpria ordens*<sup>38</sup>.

É nesse contexto de Estado Social (democrático e autoritário) que se dá o debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Debate iniciado pela crise do liberalismo político, assentado que estava na ideia de soberania do parlamento.

Retomam-se assim algumas questões que instigam ainda hoje a teoria constitucional pela profundidade da reflexão e pelos discursos que

---

<sup>38</sup> Eichmann foi o responsável por gerenciar a “Solução Final”, fase última do Holocausto, que consistia em proceder à exterminação em massa dos judeus nos campos de concentração. Ele pertencia à “Esquadra de Proteção”, organização paramilitar mais conhecida como SS (*Schutzstaffel*). Sobre o julgamento de Eichmann, conferir Hannah Arendt (2006, p. 152 e seg.). Ao comentar sobre Eichmann e o véu de legalidade alegado pelas autoridades do regime nazista, ela escreve o seguinte: “Era assim que as coisas eram, essa era a nova lei da terra, baseada nas ordens do Führer; tanto quanto poderia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele [Eichmann] cumpria o seu dever, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia ordens, ele também obedecia à lei. (...) As moedas bem gastas das ‘ordens superiores’ versus os ‘atos de Estado’ circulavam livremente; haviam dominado toda a discussão desses assuntos durante os julgamentos de Nuremberg, pura e simplesmente por dar a ilusão de algo absolutamente sem precedentes podia ser julgado de acordo com precedentes de seus padrões. Eichmann, com seus dotes mentais bastante modestos, era certamente o último homem na sala de quem se poderia esperar que viesse a desafiar essas ideias e agir por conta própria. Como além de cumprir aquilo que ele concebia como deveres de um cidadão respeitador das leis, ele também agia sob ordens (...)” (ARENDR, 2006, p. 152).

pretendiam legitimizar determinada fórmula de separação de poderes e competências em torno de quem deve dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

Schmitt separa o sistema parlamentar do princípio democrático. O livro *A crise da democracia parlamentar* (1996) traz a tradução de dois textos centrais para a compressão das ideias de Schmitt: *Teologia política*, publicado em 1922, e *A situação intelectual do sistema parlamentar*, de 1923. Para ele, a fusão operada entre sistema parlamentar e democracia é uma distorção levada a cabo quando o liberalismo político perde o seu inimigo principal, o absolutismo:

A democracia surgiu com a evidência de um poder incontestável que chega e já se dissemina rapidamente. Mas, na medida em que se tornou uma realidade concreta, ela passou a servir a muitos donos e não ter meta de conteúdo definido. Quando desapareceu o seu rival mais importante, a monarquia, a própria democracia perdeu algo da precisão de seu conteúdo e teve o mesmo destino de todo o conceito polêmico.

(SCHMITT, 1996, p. 25)

Segundo ele, a democracia serviu primeiramente ao liberalismo, posteriormente aliou-se ao socialismo nos governos da socialdemocracia e no governo de Napoleão III mostrou-se conservadora e reacionária para a monarquia, levando-o à conclusão de que “se todas as tendências políticas podiam servir-se da democracia, então estão provados sua falta de conteúdo político e o fato de ela ser uma mera forma de organização” (*idem, ibidem*). Indica ainda que o próprio discurso da democracia pode ser instrumentalizado de forma a negá-lo indiretamente (o que ele mesmo fará ao final), pela forma com que aqueles

(...) que encaravam seu radicalismo democrático como um critério de seleção que os distinguiu dos outros como os verdadeiros representantes da vontade popular, criando assim uma exclusividade totalmente não democrática. E até a prática, na medida em que os direitos políticos só eram outorgados aos representantes da verdadeira democracia, criando-se assim uma nova aristocracia. (...) Parece, portanto, ser o destino da democracia suprimir a si mesma no problema da formação da vontade.

(SCHMITT, 1996, p. 28)

Na tentativa de deslegitimar o sistema parlamentar em seus fundamentos, Schmitt aponta os problemas centrais da formação da vontade institucionalizada no parlamento, ressaltando ainda a questão relativa aos princípios da publicidade e da discussão. Apelida o liberalismo de “hamletismo político”<sup>39</sup>, em que a fé nas discussões públicas e numa imprensa livre são fundamentais para o funcionamento do sistema, mas que, segundo ele, nem por isso se traduziria *per si* em democracia<sup>40</sup>.

As decisões políticas, acrescenta Schmitt, são tomadas em reuniões reservadas e sob a perspectiva de negócios privados – além de supor uma “harmonia preestabelecida”, que necessariamente não existe no pluralismo político concebido pelo liberalismo político. No prefácio à segunda edição de *A situação intelectual do sistema parlamentar atual* Schmitt é incisivo:

As leis são feitas a partir de um conflito de opiniões (e não um conflito de interesses). A discussão é composta de convicções comuns, como premissas: de predisposições para se deixar convencer, de desvinculação de ligações partidárias, isenção de interesses egoísticos. Os partidos atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades para (...) selarem compromissos e formarem coalizões. As massas são conquistadas por meio de um aparato de propaganda, cujos bons resultados derivam de um apelo a interesses e paixões mais imediatos.

(SCHMITT, 1996, p. 07)

Ainda no prefácio à 2ª edição de 1926 de *A situação intelectual do sistema parlamentar atual*, Schmitt apresenta a sua ideia de democracia como sendo o regime que permite verificar a identidade entre governantes e governados. Isso leva Schmitt à conclusão radical de que se deve eliminar a diferença (defendida em *Teologia política*, de 1922):

---

<sup>39</sup> Refere-se ele à incapacidade ou dificuldade do parlamentarismo de tomar decisões.

<sup>40</sup> “A *ratio* do parlamento reside, segundo definição bem apropriada de Rudolf Smend, no ‘dinâmico dialético’, isto é, num processo de conflito de opostos e de opiniões, que resulta na vontade correta do Estado. O essencial do parlamento é, portanto, a discussão pública de argumentos, (...) que no entanto ainda não é democracia.” (SCHMITT, 1996, p. 34)

Em toda verdadeira democracia está implícito que não só o igual seja tratado como igual, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, – se for o caso – eliminar ou aniquilar o heterogêneo. (...) A força política da democracia se evidencia quando mantém a distancia ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade. (...) No mais, deve-se dizer que a democracia – pois uma igualdade pressupõe também uma desigualdade – pode excluir uma parte da população dominada pelo Estado, sem deixar de ser democracia. Até hoje, as democracias também incluíam escravos ou pessoas que de alguma forma tinham poucos direitos (...) Na democracia só existem a igualdade dos iguais e a vontade daqueles que pertencem aos iguais.

(SCHMITT, 1996, p. 10-11;16)

Então conclui Schmitt adiante:

Pode existir uma democracia sem aquilo que chamamos de sistema parlamentar moderno, e pode existir um sistema parlamentar sem democracia. A ditadura também não é o oposto decisivo da democracia, assim como esta não o é da ditadura.

(SCHMITT, 1996, p. 32)

Em *O conceito do político* (SCHMITT, 1992), o alemão resume a política à disputa entre amigos e inimigos, o que, em última análise, induz o combate às diferenças e às divergências. A *pluralidade* ameaça o Estado na medida em que o poder é dividido com agentes não estatais – quando a igreja influencia a conduta de fiéis ou o industrial emplaca seus interesses na formação da vontade parlamentar, por exemplo. A diferença de interesses e culturas estaria afrontando necessária identidade entre governantes e governados exigida pelo princípio da democracia, como faz ao formular a ideia de *Estado total*, contra a qual Kelsen replicaria mais tarde (cf. infra).

Essa concepção de democracia de Schmitt teria sido influenciada, segundo sugere Macedo Júnior, também por sua formação religiosa, católica, cuja estrutura hierárquica centrada no papa podia lhe ser paradigmática<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Sobre a influência da religião em Schmitt, MACEDO JÚNIOR (2003, p. 25) escreve que ele era “filho de pais católicos fervorosos, recebeu uma forte educação religiosa que marcaria toda sua produção intelectual. Os conflitos, entre protestantes e católicos, bastante comuns no início do século deixariam, igualmente, marcas profundas em sua experiência pessoal”.

Schmitt atrela a ideia de democracia à de soberania: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT). Uma norma jurídica abstrata, segundo ele, “não pode assimilar uma exceção absoluta e, portanto, nunca justificar totalmente a decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção” (SCHMITT, 1996, p. 87). Os casos de exceção devem ser decididos pelo soberano, o líder político, único capaz de identificar a vontade material do povo.

Segundo MACEDO JÚNIOR, Schmitt alia o *princípio da identidade*, “definido pela presença imediata do povo como governante”, que, “em virtude de consciência política própria e vontade nacional, tem aptidão para distinguir entre o amigo e o inimigo” (SCHMITT *apud* MACEDO JÚNIOR, 2001, p. 58), com o *princípio da representação*, o qual, por sua vez, admitindo a impossibilidade de reunião e tomada de decisão de todo o povo em conjunto, deve personalizar-se na figura de um líder (MACEDO JÚNIOR, 2001, p. 58).

A Constituição material, que não se confunde com a Lei Constitucional, entendida enquanto identidade cultural do povo, a ter em sua base uma vontade popular uniforme, teria no presidente alemão a autoridade *apta* para resolver controvérsias não reguladas por *regras* jurídicas.

Schmitt vai encontrar respaldo para sua tese na própria Constituição de Weimar, que atribui ao presidente a competência de decidir no estado de exceção, conforme se lê no seu artigo 48, permitindo a este “suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais (...) achando-se a segurança e a ordem públicas gravemente perturbadas ou comprometidas” (*apud* KELSEN, 2003, p. 97)<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> “Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do Reich, o presidente do Reich pode tomar as medidas para seu restabelecimento, e havendo necessidade pode valer-se da força armada. Para isso, pode suspender parcial ou totalmente o exercício dos direitos fundamentais garantidos nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. O presidente do Reich deve dar imediato conhecimento, ao Reichstag, de qualquer medida adotada com base nas cláusulas 1 e 2 deste artigo. Essas medidas deverão ser ab-rogadas por determinação do presidente do Reich ou do Reichstag. (...) Foi invocando esse artigo que o presidente do Reich pôs-se a editar inúmeros decretos com força de lei (...) Friedrich Muller informa que ‘o primeiro presidente, Friedrich Ebert, emitiu nos anos de 1919-1925 nada menos de 163 decretos emergenciais. Essa tendência foi retomada e aguçada a partir da crise econômica mundial de 1929 (...) pode-se afirmar que a partir de 1930 um trabalho parlamentar eficaz deixara de existir no nível do Reich e tinha sido substituído por um regime descaradamente

O presidente, autorizado pela Lei Constitucional, e sendo o único capaz de identificar-se com a vontade do povo, seria a autoridade legítima e adequada por zelar pela constituição material alemã sempre que se estivesse diante de um caso de exceção. Schmitt teve a oportunidade de aplicar a sua teoria ao comentar o discurso de Hitler sobre os assassinatos de membros da SA no episódio que ficou conhecido como a Noite dos Longos Punhais<sup>43</sup>.

---

presidencialista. (...) Escrevendo em 1931, sobre essa interpretação e prática abusiva, Kelsen prevê o colapso da Constituição, que viria dois anos depois (ver 'Quem deve ser o guardião da constituição?'). (nota do R. e T. in KELSEN, 2003, p. 48).

<sup>43</sup> Carl Schmitt chega a aplicar a sua "teoria da democracia" ao comentar o discurso de Hitler dias depois da eliminação de líderes da SA que passaram a desafiá-lo, fato que ficou conhecido como a Noite dos Longos Punhais, em 30 de junho de 1934. No texto *O Führer protege o Direito: sobre o discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934* (in MACEDO JÚNIOR, 2001, 219-225), Schmitt advoga tratar-se de ato de soberania política do líder alemão: "Em verdade, o ato do Führer foi o exercício de uma autêntica judicatura. Ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema. Não se tratou da ação de um ditador republicano que em um espaço vazio de direito, enquanto a lei por um instante fecha os olhos, cria fatos consumados para que depois, no assim criado chão dos novos fatos, as ficções da legalidade sem lacunas possam novamente ocupar o seu lugar. Na necessidade suprema o direito supremo prova o seu valor (...) Em oposição cortante, o Führer sublinhou a diferença entre o seu governo e o seu Estado e o Estado e os governos do sistema de Weimar: 'Não quis abandonar o jovem Reich ao destino do velho'. 'Em 30 de janeiro de 1933 [data que Hitler é nomeado chanceler pelo presidente Hindenburg] não foi formado pela enésima vez um novo governo, mas um novo regime afastou uma era velha e doente'. Se o Führer exige em tais palavras a liquidação de um segmento turvo da história alemã, isso possui um alcance jurídico também para o nosso pensamento jurídico, para a práxis e interpretação do direito. (...) Não podemos ater-nos cegamente aos conceitos e argumentos jurídicos e aos prejulgados produzidos por uma era velha e doente. (...) Se Tribunal do Reich viu em junho de 1932 (RGSt. 66, p. 386) o sentido da independência do juiz em 'tutelar o cidadão nos seus direitos legalmente reconhecidos contra o possível arbítrio de um governo que lhe fosse adverso', tal juízo foi formulado a partir de uma postura liberal-individualista (...). Isso é perfeitamente compreensível a partir dessa época. Mas hoje temos o dever de impor da maneira mais decidida possível o novo teor do sentido de todas as instituições do Direito Público, também do Judiciário. (...) O conteúdo e abrangência do seu procedimento são determinados pelo próprio Führer. O fato de desde a noite de domingo, dia 1º de julho, o estado da 'justiça normal' está restabelecido, foi mais uma vez assegurado no discurso do Führer. A Lei sobre Medidas de Legítima Defesa do Estado, promulgada em 3 de julho de 1934 (RGBl., . 529), designa na forma de uma lei governamental a abrangência temporal e material da ação direta do Führer. (...) No âmbito do período total de três dias [quando ocorre a prisão e o assassinato de cerca de 85 membros e não membros da SA, dentre eles o líder] aparecem com especial nitidez aquelas ações judicantes do Führer pelas quais ele vingou, enquanto líder do movimento, a peculiar deslealdade dos seus sublíderes, cometida contra ele enquanto líder supremo do movimento. O líder do movimento tem, enquanto tal, uma tarefa judicante cujo direito intrínseco não pode ser efetivado por nenhuma outra pessoa. O fato de no nosso Estado existir apenas um titular da vontade política, o Partido Nacional-socialista, foi expressamente sublinhado pelo Führer no seu discurso no Reichstag. Mas faz parte de uma sociedade politicamente organizada, que se estrutura e ordena de tal modo em Estado, movimento e povo, também o direito intrínseco próprio àqueles ordenamentos vitais e comunitários que sustentam o Estado e estão fundamentados de modo especial no juramento de lealdade do Führer. Do cumprimento da tarefa inerente ao partido depende hoje nada menos do que o destino da própria unidade política do povo alemão. 'O partido e a SA não podem ser aliviados por nenhuma outra instância, muito menos ainda por um tribunal burguês liberal que procede de forma judicial, dessa tarefa ingente na qual se acumula também todo o perigo do fator político. Aqui o partido e a SA dependem inteiramente de si mesmos.' Por essa razão o líder político tornou-se adicionalmente juiz supremo de um modo específico, em virtude da qualificação específica do crime. O Führer lembra sempre de novo o colapso do ano 1918. A partir dessa data defini-

Para justificar seu entendimento, Schmitt vale-se ainda da teoria política da monarquia liberal, trazendo a ideia de poder neutro do monarca (*pouvoir neutre*), de Benjamin Constant. Ele atribui à condição do presidente alemão na engenharia de poder da República de Weimar as vantagens daqueles que se encontram acima das divergências políticas contingentes e dos interesses imediatos dos diversos seguimentos sociais e políticos que comprometem, segundo Schmitt, o sistema parlamentar. O monarca, assim como o presidente, seriam autoridades não submetidas à lógica competitiva e fragmentária da política partidária e da competição inerente às sociedades baseadas na economia de mercado<sup>44</sup>.

Em *La defensa de la constitución* (SCHMITT, 1983), ele nega ter o Tribunal Federal alemão a atribuição de anular leis que contrariassem preceitos constitucionais gerais. Schmitt caracteriza pejorativamente a democracia norte-americana como um Estado judicialista, onde a vida pública estaria, a seu juízo, submetida às decisões dos tribunais:

*En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por si solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución.*

(SCHMITT, 1983, p. 46)

Schmitt não atribui ao Judiciário a competência de *defender a Constituição material alemã*, mas tão somente de *proteger* a lei constitucional. Os tribunais não teriam a legitimidade para declarar a nulidade de leis e decretos sobre o fundamento de inconstitucionalidade, mas tão somente de deixar de aplicar preceitos normativos naqueles casos de *subsunções "precisas e concretas"*:

---

se a nossa situação atual. Quem quiser avaliar corretamente os graves acontecimentos do dia 30 de junho não poderá dissociar os eventos desse e dos dois próximos dias do nexo da nossa situação política global e isolá-los e encapsulá-los, à maneira de certos métodos do processo penal, até que a sua substância política tiver sido expurgada e restar apenas uma 'conformidade ou não conformidade puramente jurídica ao tipo legal'. Com tais métodos não se pode fazer justiça a nenhum processo de natureza altamente política".

<sup>44</sup> Exemplo de liderança distante das paixões da vida política teria sido a posição do monarca brasileiro na Constituição de 1824, na figura do Poder Moderador, o qual Schmitt cita em trabalho.



*Pero cuando se trata de principios y normas generales, de poderes y de meras disposiciones de competencias, el caso se presenta de muy distinta suerte que el de las subsunciones de hecho. Solo la subsunción bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley simple. (...) Esto no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la simple ley al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional.*

(SCHMITT, 1983, p. 48).

Após desqualificar as teorias formalistas do direito e da soberania, entre elas a de Laband e a de Jellinek<sup>45</sup>, nas quais acredita haver uma espécie de *teologia política*, uma vez que “no lugar de ficção religiosa é colocada a ficção jurídica” (SCHMITT, 1996, p. 112), argumenta Schmitt, referindo-se à Teoria Pura do Direito de Kelsen, que a “base dessa identificação do Estado com a ordem jurídica, que identifica a legalidade natural com a normatividade, há uma metafísica” (*idem, ibidem*). Para Schmitt, o poder é essencialmente fático, concreto. Daí sua tese sobre a decisão de exceção: “uma norma genérica, como se apresenta a norma jurídica válida, não pode nunca assimilar uma exceção absoluta e, portanto, nunca justificar totalmente a decisão tomada em um verdadeiro caso de exceção” (SCHMITT, 1996, p. 87).

Segundo o jurista alemão, Kelsen permanece inócuo quando afirma que “o conceito de soberania deve ser totalmente reprimido” (KELSEN *apud* SCHMITT, 1996, p. 99). Para Schmitt, “se o caso de exceção realmente pode ou não ser eliminado do mundo, não é uma questão jurídica” (SCHMITT, 1996, p. 88). Daí sua defesa de que o soberano é quem tem o poder de decidir no estado de exceção, e só o poder político, na figura de um líder neutro, teria a possibilidade, e por isso a legitimidade, de identificar os preceitos constitucionais materiais da nação alemã, então esquecidos pelas disputas parlamentares não democráticas (porque diferente da vontade do povo).

Em *Quem deve ser o guardião da constituição*, Kelsen contrapõe-se à tese de Schmitt afirmando que o presidente, como intérprete em última

---

<sup>45</sup> Afirma Schmitt (1996, p. 111): “o conceito de soberania da doutrina de Estado de Laband e Jellinek e a teoria do ‘poder de domínio exclusivo do Estado’ torna esse Estado um ‘quase-indivíduo abstrato’ um *unicum sui generis* com o monopólio de domínio criado por meio de uma produção mística”.

instância da Constituição, ofenderia o princípio da imparcialidade do julgador. Afirma Kelsen que “nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2003, p. 240). Dirigindo-se a Schmitt, anota que:

Mais surpreendente ainda, porém, é que este escrito [*La defensa de la constitución*] tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república em geral na Constituição de Weimar em particular.  
(KELSEN, 2003, p. 342)

Kelsen esclarece a teoria do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant. Segundo Constant, o Poder Executivo estaria dividido em dois: um passivo e outro ativo. Somente o monarca enquanto poder passivo poderia ser um poder “neutro” (KELSEN, 2003, p. 245). Mas esse poder passivo não estaria caracterizado na autoridade do presidente alemão:

Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo.

Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do Reich de maneira tal que este não escape de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-lo como ditadura e que (...) não é compatível com a função de um garante da Constituição.

(KELSEN, 2003, 246)

E conclui Kelsen:

Schmitt, aqui, reconhece o perigo por parte do governo monárquico no século XIX apenas com a intenção de poder afirmar que “hoje”, ou seja, no século XX e na república democrática, o temor de uma violação constitucional se dirigiria ‘sobretudo contra o legislador’, isto é, não contra o governo presidencial, mas sim contra o Parlamento. Como se hoje na Alemanha a questão da constitucionalidade da atividade que o governo, composto por presidente e ministros,

desenvolvida com base no art. 48, não fosse uma questão de vida ou morte para a Constituição de Weimar.

(KELSEN, 2003, p. 247)

O presidente alemão na República de Weimar ainda era eleito pelo voto direto, escolhido, como afirma Kelsen (2003, p. 246), “sob a alta pressão das correntes político-partidárias”.

Para Schmitt, segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário consistiria apenas em *deixar de aplicar* uma lei a um caso concreto quando a esta ofendesse a lei constitucional, jamais declarar a inconstitucionalidade da lei. O Judiciário estaria ainda restrito ao ato de subsumir o fato concreto à regra jurídica. Para Schmitt, “toda jurisdição está ligada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se duvidosas e polêmicas em seu conteúdo” (SCHMITT *apud* KELSEN, 2003, p. 254). Quanto ao controle de constitucionalidade em abstrato, Schmitt afirma que “uma lei não pode ser a guardiã de uma outra lei” (*idem*, p. 257). De fato, Schmitt afirma ser impossível que uma lei possa servir de suporte fático em uma operação de subsunção para uma outra lei:

(...) “*algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla*” (SCHMITT, 1983, p. 84)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> “Si nos limitamos a este sencillísimo caso de una contradicción manifiesta entre ley contenida en la Constitución y ley formulada en la constitución sobre la ley simple, la única justicia que resulta posible en un caso semejante es la justicia penal vindicativa contra el autor de una transgresión de preceptos constitucionales, pero no contra una norma. Ahora bien, en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los caso de manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, seno que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma. Muy grande es el interés que este problema suscita respecto a la Constitución de Weimar, porque en el Libro Segundo de dicha Carta se sitúan, unos junto a otros, los principios más diversos, preceptos singulares de carácter jurídico concreto, afirmaciones programáticas, normas de conducta y compromisos dilatorios, por lo cual, cuando todos estos diversos elementos se agrupan bajo la calificación de “normas”, la palabra “norma” se convierte en un término inútil y desprovisto de valor. En las cuestiones mas difíciles y de mayor importancia práctica, la falta de claridad o la contradicción se contiene dentro de los mismo preceptos legales formulas en la Constitución, desde el momento en que, coexistiendo unos con otros principios contrapuestos, resultan imprecisos e contradictorios” (SCHMITT, 1983, p. 87)

Kelsen conclui que para Schmitt “a jurisdição está ligada a normas, isto é, a normas que ‘possibilitam a subsunção de um fato material’, e além disso não são ‘duvidosas nem polêmicas’ em seu conteúdo” (KELSEN, 2003, p. 253), o que o leva a contestar a ideia de restringir a atividade judiciária às operações de subsunção.

Kelsen contesta Schmitt no que toca a sua recusa em conferir aos tribunais a competência de resolver conflitos entre princípios constitucionais e as demais leis e atos do executivo, lembrando as discussões em torno do chamado neoconstitucionalismo atual:

Também esta doutrina descende do estoque da ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir. Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas “acha” direito já formado, “acha” uma decisão já existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo.

(KELSEN, 2003, p. 258)

Kelsen apontaria ainda uma contradição em Schmitt pelo fato de ele afirmar que em toda decisão, inclusive nas operações de subsunção, haveria um elemento autoritário de “decisão”: “em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei” (SCHMITT *apud* KELSEN, 2003, p. 258).

Esse elemento de pura decisão, Schmitt vai chamar de *decisionismo* judicial, apontado problemas exatamente na histórica constitucional dos EUA:

*Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de “decisionismo”. (...) Si nos tomamos la pena de hojear, por ejemplo, un libro como la “historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, de Warrens, encontraremos, a pesar de la importancia de las decisiones de este Tribunal, argumentaciones vacilantes y minorías importantes de jueces, vencidos en votación, que han formulado voto particular: las llamadas “decisiones de cinco hombres contra cuatro” o de “un hombre solo” acaecen con frecuencia, aunque acaso son criticadas con exageración.*

(SCHMITT, 1983, p. 90).

Schmitt, ao tempo em que pretende retirar o elemento político da atividade jurisdicional, limitando-a a uma atividade de subsunção da norma ao fato, admite o caráter "político" da jurisdição, ou o decisionismo da atividade jurisdicional, inclusive nas mais simples decisões, ao dizer que nelas se encontraria também uma decisão política, subjetiva, autoritária no sentido de não conformada pela lei, mas por um ato volitivo da autoridade.

Para Kelsen, a observar o postulado da separação de poderes, o papel de intérprete constitucional só poderia ser conferido a um órgão distinto dos três poderes, que seria assim organizado na forma de uma Corte, independentemente da faceta decisionista que se devesse atribuir ao órgão. A Corte Constitucional, criada para verificar a compatibilidade das leis e decretos produzidos pelas atividades legiferante e administrativa, equivaleria, de toda forma, a operar uma subtração normativa do ordenamento jurídico. Daí conceber o trabalho da Corte Constitucional como uma atividade que legisla em sentido contrário, como um *legislador negativo*. O caráter político da jurisdição constitucional não é negado por Kelsen.

Valendo-se da observação do postulado da separação de poderes, Kelsen caracteriza a Corte como novo braço, diferente dos demais poderes, que, composto por membros escolhidos pelo parlamento, teria a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de uma lei em face da lei constitucional em abstrato, mas apenas enquanto legislador negativo, apenas enquanto órgão que subtrai normas. O decisionismo judicial se daria assim apenas em sentido negativo, de eliminar normas, nunca em criá-las.

É, certamente, a natureza política da jurisdição constitucional e o poder que ela levava que acalentam o debate entre os dois juristas, levando-os a posições contrárias. Trata-se de uma divergência de teoria política, relativa à finalidade do Estado e do sistema jurídico, que remete aos pressupostos e aos meios fáticos e jurídicos de que o Direito tem de levar em conta para regular adequadamente o exercício do poder e do mercado num contexto de Estado Social.

A divergência de fundo residia na imagem de sociedade divergente entre os dois autores. Schmitt incorpora na ideia de Estado Total todos os conflitos da sociedade, absorvendo nesse conceito os atores não estatais de tal forma a fazer valer a identidade política. Schmitt vê os conflitos de interesses e valores como um óbice ao processo democrático, que deve ser conduzido pelas rédeas curtas do poder estatal. Kelsen revela o totalitarismo desse Estado e dessa ideia democrática, que asfixia a própria liberdade que o constitucionalismo procurava até então assegurar às sociedades plurais da modernidade:

Para que se possa realmente falar de “pluralismo”, portanto, deve existir uma esfera da vida social livre do Estado de onde surjam, partindo de diferentes pontos influências sobre a vontade Estatal. Em vez disso, para Schmitt, a “mudança para o Estado total” consiste em que desapareça o conflito entre Estado e sociedade: “A sociedade transformada em Estado torna-se um Estado de economia, de cultura, assistencial, de bem-estar, previdenciário; o Estado transformado em auto-organização da sociedade, e, portanto, não mais separável desta, abarca todo o social, ou seja, tudo o que diz respeito à convivência dos seres humanos; não existe naquela mais nenhum setor a respeito do qual o Estado possa observar uma neutralidade incondicional, no sentido de uma não intervenção.”

(KELSEN, 2003, p. 267)

Kelsen explicita o extremismo de Schmitt, que nega a pluralidade, não só cultural, mas também de poder e de interesses econômicos, uma vez que não existiria na sociedade “nenhum setor a respeito do qual o Estado possa observar uma neutralidade” (KELSEN, 2003, p. 267). Ou seja, não há espaço para a liberdade que não aquela entendida pela “*unidade da vontade estatal*” (*idem*, p. 270).

Kelsen conclui que um Estado total só poderia existir nos regimes comunistas de economia estatal planejada. Isso não coincidia, entretanto, com as pretensões de Schmitt e menos ainda com os postulados da Constituição de Weimar<sup>47</sup>.

Schmitt acreditava que deveria centralizar o poder na figura do líder político. Para isso, lançou mão de um discurso autoritário, que parte das

---

<sup>47</sup> Conferir a argumentação contra o Estado Total em Kelsen (2003, p. 266-273).

dificuldades do sistema parlamentar liberal e que de forma alguma caberia ser dividido com uma Corte Constitucional com atribuições poderosíssimas de invalidar leis e decretos a partir de expressões genéricas contidas nas constituições dos Estados Sociais.

A necessidade de um poder político centralizado encontra aporias teóricas nas “ficções” do positivismo jurídico, o que lhe dá espaço para reconstruir o discurso da democracia em cima de pressupostos como a identidade do Estado com a ordem jurídica, proposta por Kelsen<sup>48</sup>.

O chefe de Estado seria o personagem político naturalmente mais adequada para dar vazão à vontade existente na identidade entre governantes e governados, e não um sistema parlamentar inoperante, que passaria ainda a ser submetido ao crivo de constitucionalidade de um tribunal constitucional.

Só um líder eleito poderia personificar a identidade cultural do povo e dar velocidade e qualidade às decisões políticas fundamentais capazes então de eliminar as diferenças que impedem o progresso da nação. Só um líder político, o verdadeiro soberano, poderia realizar o princípio da democracia da forma “mais perfeita”, tendo em vista a identidade material identificáveis na democracia plebiscitária gerada entre governantes e governados, como sintetizado na formulação da ideia de *Estado total*<sup>49</sup>.

O processo que levou Schmitt a defender os assassinatos de Adolf Hitler em 1934 na noite dos longos punhais daria mais tarde razão a Kelsen quando sentenciara contra Schmitt, que “a mistura entre ciência e política como

---

<sup>48</sup> Pedro Viega García escreve: “(...) lo que SCHMITT hace, como ha señalado Jürgen Fijalkowski, no es otra cosa que ‘analizar los fundamentos ideales, los objetivos históricos y las repercusiones fácticas de los movimientos político-sociales orientados hacia el Estado del Derecho’, para de este modo construir un modelo y formular una serie de principios sobre los que se asienta la realidad política y jurídica liberal. (...) Es de esta sublimación de los principios del Estado de Derecho u de la Democracia Parlamentaria, que fundamentan la legitimidad y funcionalidad de la política liberal y de su concepción constitucional, de la que partirá justamente Carl SCHMITT para proceder a una crítica demoledora”.

<sup>49</sup> No prólogo escrito por Pedro de Veja García à obra *La defensa de la constitucion*, afirma que o “Schmitt teórico-político que, definiendo la política en términos decisionistas y de relación amigo-enemigo, contrapone al Estado Democrático y a la legitimidad democrática, un nuevo esquema de organización estatal basado en los principios y en las formas plebiscitarias legitimadoras del Estado total de Führer” (In SCHMITT, 1983, p. 14). Em outra passagem, anota García: “La solución [contra a crise do sistema parlamentar] encontrará SCHMITT (...) en la figura del Jefe del Estado que, al ser plebiscitado directamente por el pueblo, podría actuar con independencia de los partidos como instancia verdaderamente suprema y neutral” (in SCHMITT, 1983, p. 20).

princípio, tão em voga hoje em dia, é o método típico da moderna construção ideológica” (KELSEN, 2003, p. 298).

Kelsen, reafirmando postulados clássicos do constitucionalismo, como o princípio da imparcialidade e da divisão de poderes, concebe a Corte Constitucional com a finalidade única de aplicar a Constituição. Afirma tratar-se de mais um órgão do Estado, e não uma simples transferência de poderes do Legislativo para o Judiciário:

Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no “poder legislativo”, como se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal.(...) Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do Poder Legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do Poder Legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no Poder Legislativo.

(KELSEN, 2003, p. 151-152).

Explicaria que a competência de legislar negativamente era qualitativamente igual à do parlamento, e que o judiciário deveria continuar a julgar casos concretos<sup>50</sup>. Kelsen observava que a melhor compreensão das cortes constitucionais na distribuição de poderes deveria considerar o sentido mais profundo do princípio, não no sentido de haver órgãos com atribuições e competências isolados uns dos outros, mas deveria preservar, sobretudo, a função de controlarem-se reciprocamente, o que demonstraria que a criação da

---

<sup>50</sup>: “Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz mas elimina uma norma geral (...) ou seja, atuando como formulei anteriormente – como legislador negativo.” (KELSEN, 2003, p. 263)



Corte Constitucional não implicava em uma contradição, mas em uma afirmação da ideia de separação de poderes<sup>51</sup>.

Kelsen não nega a legitimidade do sistema parlamentar como instituição primeira da democracia. A Constituição de 1920 dava continuidade à fase republicana inaugurada com a queda do Império Austro-Húngaro ao final da Primeira Guerra Mundial, mas ainda se via às voltas com as estruturas burocráticas do Império. Estado e cidadão encontravam-se igualmente sujeitos às leis do sistema político-parlamentar austríaco e, em última instância, da própria Corte Constitucional, cujos membros seriam nomeados pelo próprio parlamento<sup>52</sup>. A fórmula de Kelsen para a nova república austríaca atendia ao princípio da democracia por meio do sistema parlamentar, o qual poderia ser fiscalizado por um novo órgão, que procurava dar juridicidade à lei constitucional, anulando leis e atos administrativos de forma negativa, o que mais tarde seria mitigado com o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, que tornava a apreciação da constitucionalidade das normas pelos tribunais apenas em sentido formal. Aliás, Kelsen já dava sinais de forte autocontenção

---

<sup>51</sup> “Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira (...) Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão ‘divisão de poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.” (Kelsen, 2003, p. 152). Cf. o último capítulo sobre o papel dos Tribunais Constitucionais em assegurar a autonomia pública e privada, repercutindo na releitura do princípio da separação de poderes.

<sup>52</sup> Anota Sérgio Sêrvulo da Cunha, ao introduzir a obra *Jurisdição constitucional* de Kelsen (2003, p. XII), que “antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, republicana e federativa, os tribunais austríacos, como assinala Kelsen, só poderiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante à sua adequada publicação, vale dizer, tendo em vista a sua existência, mas jamais sua validade em face do texto constitucional. ‘Recebendo a herança da velha Áustria’, o mestre de Viena ‘encontrou-se com os dois tribunais (o Tribunal Administrativo e o Tribunal Imperial) já prontos, e no empenho por conservar instituições antigas e testadas’ manteve-os, embora entregando ao antigo Reichsgericht (agora batizado como *Verfassungsgerichtshof*) o monopólio do controle de constitucionalidade. O artigo 89 da nova Constituição negou expressamente, aos tribunais, o poder de ‘apreciar a validade das leis regularmente publicadas’, e os arts. 137-45 desenharam a competência da Corte Constitucional à qual caberia apreciar ‘a inconstitucionalidade das leis dos Estados-membros, a requerimento do governo federal, a inconstitucionalidade das leis federais a requerimento do governo de qualquer Estado-membro, e de ofício, quando se trata de lei que sirva de base à sua decisão’ (art. 140)”.

da competência dessas cortes quanto à apreciação da constitucionalidade material das leis e atos do poder público.

Sanchís registra que Kelsen reconhecia a necessidade de um tribunal com instrumentos adequados para tornar eficaz suas normas, *“pero lo era también de que una Constitución plena de contenido material – si quería seguir siendo garantizada – implicaba una puerta abierta al decisionismo judicial intolerable para la democracia política”* (SANCHÍS, 2007, p. 215 e seg.). Kelsen não desconhecia o perigo de haver uma transferência de poderes indesejada à Corte Constitucional em razão do caráter aberto e cogente das normas constitucionais:

Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos limites da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. (...) as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como “liberdade”, “igualdade”, “justiça”, etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, “a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no parlamento”.

(KELSEN, 2003, p. 262-263)

Sanchís, comentando sobre o neoconstitucionalismo hoje, afirma acontecer precisamente o que Kelsen temia, sem ver nisso, entretanto, um problema para a democracia<sup>53</sup>. Kelsen temia, conforme escreveu, que o judiciário se utilizasse de conceitos vagos e imprecisos de forma abusiva, desequilibrando a relação de poder com o parlamento<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> *“Justamente aquello que temía Kelsen representa hoy la seña de identidad del nuevo constitucionalismo; esto no sólo gira en torno a los derechos o, si se quiere también, a los valores y principios, sino que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces, a todos los jueces y no sólo, ni principalmente, a un especialísimo Tribunal Constitucional.”* (SANCHÍS, 2007, p. 215).

<sup>54</sup> Para Sérgio Sérulo da Cunha, a Corte Constitucional, sem um sistema difuso de controle de constitucionalidade, talvez fosse o possível ante a herança autoritária austríaca. Inaugurava-se um sistema inédito e democrático para um país pós-imperial. Celebrava-se o princípio da democracia liberal em assuntos de concretização constitucional, com o tempero dos federalistas norte-americanos de que poderia ser perigoso um poder legislativo incontrastável, a fazer *jus* à ideia de *rule of law*, da tradição anglo-saxã. A democracia austríaca, a despeito da criação da Corte Constitucional, enveredou-se depois de 1933 em

Tanto Schmitt como Kelsen trazem críticas e argumentos que remetem à *teoria política-constitucional* atual e que são ainda pontos de reflexão. A crítica ao sistema parlamentar formulada por Schmitt não é de todo improcedente. O sistema político é reconhecido como sistema orientado pela linguagem do poder, com seus atores estrategicamente voltados à conquista e à preservação do poder, colocando o processo de formação da vontade política exposto aos imperativos sistêmicos dos subsistemas sociais (HABERMAS, 1997-II, p. 63-65). Os trabalhos parlamentares são lentos, pois conduzidos à luz do princípio da deliberação interna e pública, atrelada a uma agenda de composição de interesses e divergências de opiniões e valores. A linguagem dos sistemas sociais e a visão de mundo pré-moderna (não igualitária) que remanesce no mundo da vida tendem a corromper o processo político republicano<sup>55</sup>. Há episódios não raros que informam uma visão de mundo hierárquica pré-moderna que produzem distorções na compreensão e aplicação das normas jurídicas. Essa visão não igualitária pode ser verificada no seio da sociedade desde as pequenas e irrefletidas práticas até os mais graves e conhecidos ilícitos<sup>56</sup>.

---

um processo político “semifascista”, para usar a expressão de KELSEN (2003, p. 301). Sobre o projeto de Kelsen para a Áustria após 1918, verificar a introdução de Sérgio Sérulo da Cunha à coletânea de texto de Kelsen em *Jurisdição constitucional* (2003, p. XIII-XIV): “Para justificar a criação de uma corte constitucional – único órgão competente para anular atos inconstitucionais – Kelsen mostra que ‘a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais’, ressaltando que ‘a função política da constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder’ (...) Contudo, jamais chega sequer a mencionar o controle difuso, como se o sistema concentrado fosse o único existente ou possível para o controle de constitucionalidade. O que nos leva a pensar que a instituição do controle de constitucionalidade, no autoritário contexto continental, só seria possível dentro dessa tradição, como viria ressaltar Loewenstein ao referir a extrema dificuldade de rompê-la: ‘deve-se considerar que os costumes enraizados em diferentes sistemas jurídicos e a tradição existente impedem que surja e se implante o controle judicial’. (...) É essencial portanto, para entender o sistema concentrado, perceber que ele surge num contexto constitucional autoritário, como fica bem claro ao se ler ‘Quem deve ser o guardião da constituição?’ O que é bem diverso da *judicial review*, nascida numa ambiência libertária e democrática. A solução de Kelsen, progressista dentro da tradição austríaca, evidencia-se como involutiva quando comparada com a *judicial review*, e contra ela é possível opor os mesmo argumentos que ele tão bem manejou contra Schmitt”.

<sup>55</sup> Conferir os artigos de Marcelo Neves (1994; 1996), sobretudo os conceitos de subintegração e sobreintegração trabalhados no próximo capítulo.

<sup>56</sup> O “jogo do bicho” é um exemplo. A atividade constitui contravenção, mas a acompanha uma série de outros crimes como de extorsão, quadrilha, homicídio, corrupção ativa, estelionato, lavagem de dinheiro. Trata-se, ainda assim, de atividade ilícita fomentada por parte da sociedade, já naturalizada, como demonstra a inserção social dos “donos” do negócio. Por exemplo, os trechos de reportagens a seguir recortados: “O Departamento de Polícia Especializada (DPE) estima que pelo menos mil homens e mulheres fomentem a atividade clandestina. Eles seriam subordinados a quatro bicheiros, que, segundo os investigadores, têm ligação com os barões do jogo no Rio de Janeiro. Eles atuam também nas imediações

Acrescente-se às questões apontadas contra o sistema parlamentar a prática de evitar questões socialmente polêmicas que possam repercutir negativamente junto ao eleitorado do congressista. Tenta-se transferir o ônus da repercussão para outras instâncias elaborando leis genéricas para a regulamentação do Executivo ou deixando aos tribunais o reconhecimento da determinada proposta inconstitucional a fim de se evitar o ônus eleitoral da decisão (ELY, 2010)<sup>57</sup>. Por exemplo, o julgamento sobre a união de casal homoafetivo, que levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer direitos enquanto o Congresso Nacional permanece silente sobre o tema (ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, julgada em 5/5/2011).

O Poder Judiciário ou as Cortes Constitucionais têm se valido não só de argumentos de princípios, mas de discursos que lembram *escolhas políticas*<sup>58</sup>. Decisões assim dão azo não só no Brasil a afirmações como a de Cass Sustein, de que os juízes seriam mestres na arte do casuísmo<sup>59</sup>.

---

da Esplanada dos Ministérios. (...) Apesar dos esforços da polícia, a jogatina corre sem fiscalização à luz do dia, nos principais centros das cidades, e conta com um grande público, que inclui servidores públicos. É o que o Correio constatou na semana passada, ao percorrer seis localidades em busca de flagrantes. No coração do país, a pouco mais de 1 km do Congresso Nacional, existem dois pontos de apostas tradicionais. Um deles fica no estacionamento atrás do Ministério do Trabalho e Emprego. O apontador é conhecido dos funcionários e passa o dia a computar os jogos em um Kadett branco. Ele passou a usar o veículo após a polícia intensificar a repressão” (disponível em [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/01/08/interna\\_cidadesdf,285595/investiga\\_cao-revela-que-quatro-bicheiros-comandam-as-apostas-em-brasilia.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2012/01/08/interna_cidadesdf,285595/investiga_cao-revela-que-quatro-bicheiros-comandam-as-apostas-em-brasilia.shtml). Acesso em 12/1/2012). Outra reportagem informa prisões no Rio de Janeiro envolvendo grandes dirigentes de escolas de samba: “De acordo com o órgão estadual, a PM foi orientada a priorizar operações em larga escala e, de 17 de outubro a 26 de dezembro, 1.044 pessoas foram presas, sendo 213 acusados de ligação com caça-níqueis e 831 ligados ao jogo do bicho. Na última sexta-feira, 197 pessoas acusadas de ligação com o jogo ilegal (apontadores e auxiliares) foram presas. Outras 30 foram presas em flagrante com máquinas caça-níqueis. O recorde de material apreendido foi em 17 de outubro, quando 290 máquinas caça-níqueis foram apreendidas, bem como 1.074 talonários de jogo do bicho. (...) Em 15 de dezembro, a operação Dedo de Deus, da Polícia Civil, prendeu 44 pessoas acusadas de envolvimento com o jogo ilegal. Durante a ação, foram apreendidos documentos e cerca de R\$ 2 milhões escondidos em sacos no esgoto na casa de Helinho de Oliveira, presidente da escola de samba Grande Rio, que estava foragido. Também foram procurados pela polícia Luizinho Drumond, presidente da Imperatriz Leopoldinense, e Mário Tricano, ex-prefeito de Teresópolis. Nesta semana, 20 indiciados ganharam o direito de responder em liberdade” (Disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5535974-EI5030,00-Policia+do+RJ+bate+recorde+de+prisoas+por+jogo+do+bicho+em.html>. Acessado em 16/1/2012).

<sup>57</sup> “Atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas” (BARROSO, 2011, p. 362).

<sup>58</sup> A distinção entre argumentos de princípios jurídicos e escolhas políticas é sugerida por Ronald Dworkin em *Levando os direitos a sério* (2002, cap. 4). Os discursos fundamentados em princípios legitimariam o processo de decisão do Judiciário, enquanto discursos relativos às escolhas política

O Executivo, por sua vez, pode-se valer das medidas provisórias, instrumento típico do paradigma do Estado Social e dos sistemas parlamentares<sup>60</sup>, cujos critérios constitucionais permissivos de “relevância e urgência” dão ampla margem de discricionariedade ao Executivo. Tais atos têm eficácia imediata, iniciando a apreciação pelas casas do Congresso Nacional. O procedimento sumário estabelecido transforma o processo de apreciação das medidas provisórias em rito sumaríssimo de produção legislativa, insuficiente a assegurar a formação da opinião pública e a participação dos mais diversos atores<sup>61</sup>.

A todas essas questões permeiam como pano de fundo teorias constitucionais. Elas orientam o horizonte hermenêutico do intérprete, a fim de que a jurisdição constitucional possa lançar mão de decisões mais adequadas às características das sociedades complexas e plurais.

Nesse sentido, a Teoria do Direito tem de ser também socialmente adequada e, em alguma medida, será também uma Teoria Social, haja vista que toda decisão judicial implica uma “estratégia”, uma finalidade, ou ao menos um efeito (oportuno ou inoportuno) que irá “servir” a uma ou outra “causa”,

---

competiriam ao Executivo e ao Legislativo. Carlos Santiago Nino resume a questão entre decisões com base em princípios e as escolhas políticas, levada a cabo por Ronald Dworkin nos seguintes termos: “Uma das restrições a que devem se submeter os juízes no exercício de sua discricionariedade é dada pelo que Dworkin chama a ‘doutrina da responsabilidade política’ e que estipula que os juízes, como os demais funcionários públicos, devem adotar apenas aquelas decisões que se propõem adotar. (...) a principal restrição no exercício da discricionariedade judicial sugerida por Dworkin é dada pela distinção que propõe entre princípios que estabelecem direitos, por um lado, e políticas (*‘policies’*) que fixam objetivos sociais coletivos, por outro. (...) Primeiro, os direitos são distributivos e individualizados (fornecendo recursos ou oportunidades a cada um dos indivíduos integrante da classe que goza do direito em questão), enquanto os objetivos coletivos são agregativos e não individualizados (admitindo a possibilidade de fazer diferentes adjudicações de encargos e benefícios entre os indivíduos, conforme a eficiência para satisfazer o objetivo em questão). Segundo, os direitos (inclusive quando não são absolutos e podem ceder a outros direitos ou a um objetivo social especialmente importante) constituem um limite ou limiar contra medidas fundamentadas em objetivos coletivos: se um suposto direito cedesse a qualquer objetivo social legítimo, não seria um verdadeiro direito.” (NINO, 2010, p. 511)

<sup>59</sup> “*Ordinary courts are reluctant to traffic in abstractions. Judges often proceed on a case-by-case basis; they are practitioners of the old, much-reviled, and indispensable art of casuistry*” (SUSTEIN, 1996, p. viii).

<sup>60</sup> “O Estado social ‘é um Estado que garante a subsistência e, portanto, é Estado de prestações, de redistribuição de riqueza’. É um Estado de serviços. Por esse motivo, dos três poderes, o Executivo é aquele que tem ampliada a sua atuação. Esse tipo de Estado, aliás, como pretende Forsthoff, com imensa dificuldade concilia-se com o Estado de Direito” (CLÈVE, 2000, p. 41).

<sup>61</sup> Sobre as medidas provisórias anteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 2001, conferir Mèrlin Clève (2000) e Ferreira Filho (2001). Após a alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 32, verificar Amaral Júnior (2004) e Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 924-941).

como reconhecem Schmitt, Kelsen e os constitucionalistas atuais (CIARLINI, 2010). Seja o exercício da jurisdição constitucional em concreto ou em abstrato, suas decisões repercutirão social e politicamente<sup>62</sup>.

É sobre a atividade criativa da interpretação constitucional que se ocuparam os estudos neoconstitucionalistas atuais, procurando assentar os argumentos que estruturam os discursos teóricos que visam a justificar essa transferência de poder político do parlamento para o judiciário.

A situação da teoria da jurisdição constitucional não é aproblemática, a despeito da superação do contexto autoritário em que surgiram os tribunais constitucionais. O fenômeno do *ativismo judicial*, ainda compreendido a partir do estranhamento inicial<sup>63</sup>, é um sinal de que não se conseguiu compreender adequadamente o novo paradigma jurídico e os riscos inerentes ao sentido incompleto da linguagem que a hermenêutica filosófica evidencia, deixando-nos ciente dos limites da regulação em abstrato e da regulação jurisprudência de determinados temas. O próximo item discorre sobre os problemas atuais do neoconstitucionalismo.

## 1.2 Neoconstitucionalismo e decisionismo

Os estudos assim chamados neoconstitucionalistas debruçam-se sobre a legitimidade do papel dos tribunais constitucionais em aplicar princípios jurídicos em face de leis promulgadas pelo parlamento. Carlos Bernal Pulido caracteriza a estado da arte atual em *Neoconstitucionalismo a debate* (2008), sintetizando o debate entre Prieto Sanchís (tido como neoconstitucionalista pelo autor) e Juan Antonio García Amado (tido como positivista), ambos

---

<sup>62</sup> “President George W. Bush’s two Supreme Court appointees—Chief Justice John Roberts and Justice Samuel Alito – refused to discuss their own philosophies during their very unsatisfactory Senate confirmation hearings; they evaded all such questions by insisting that they could interpret and apply the Constitution without imposing their own conservative convictions about political morality. Sunstein rightly rejects that claim as absurd. ‘There is nothing,’ he says, ‘that interpretation just is.’ Every interpretive strategy is grounded in some assumption of political morality about the kind of constitution America should have” (DWORKIN, 2009, p. 1).

<sup>63</sup> Conferir, sob a perspectiva clássica do termo *ativismo jurídico*, Bradley Canon (1982-1983, p. 237-247).

docentes espanhóis. Segundo Pulido, as teses de Sanchís podem ser resumidas da seguinte forma:

a) a Constituição não fixa somente a organização dos poderes e os procedimentos e processos em geral, mas contém um “denso conteúdo substantivo” que informa como devem ser muitas das decisões da administração;

b) a Constituição é garantida e aplicada pelos juízes;

c) a Constituição é onipresente, por força dos direitos fundamentais, o que limita o legislador: “*en la Constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados*” (SANCHÍS apud PULIDO, 2008, p. 12);

d) A Constituição estabelece uma regulação principialista, e não estabelece hierarquia entre esses princípios, o que leva a uma pluralidade de mundos constitucionais que o legislador e os juízes ministram;

e) Tais princípios são aplicados por ponderação, o que significa que se estabelecem hierarquias de princípios de forma argumentativa à luz do caso concreto;

f) Não é possível estabelecer um modelo “geográfico” entre as normas rígidas dos direitos fundamentais e a liberdade do legislador em ponderar e regular certas matérias;

g) O legislador está adstrito ao discurso constitucional – para restringir os direitos fundamentais, ele deve fundamentar tais restrições, pois “*no existe un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional*” (SANCHÍS apud PULIDO, 2008, p. 13)<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Na síntese de Inocêncio Mártires Coelho (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 149): “Procurando apontar traços mais significativos desse novo constitucionalismo, concordam os estudiosos em caracterizá-lo pelas notas indicadas a seguir, expressivas o bastante para que o consideremos substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedente: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e e) mais concretização do que interpretação. Visto em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do

Em face dos postulados da teoria neoconstitucionalista, compartilhando o medo de Kelsen da transferência indevida de poder do Legislativo para o Judiciário, Pulido apresenta as críticas de Garcia Amado:

a) o neoconstitucionalismo confunde a Constituição com aquilo que os intérpretes dizem que a Constituição diz;

b) essa confusão elimina a tripartição de poderes, pois tudo está submetido ao que os intérpretes dizem, inclusive o legislador, já que a Constituição é onipresente e suas normas irradiam por todo o sistema jurídico;

c) disso resulta que não resta espaço para a legislação ordinária, a não ser aquilo que já dizem os intérpretes da Constituição, vale dizer, aquilo que o Tribunal Constitucional diz;

d) há, portanto, uma bipartição de poderes, com a eliminação do legislativo como agente político com espaço livre para criar leis;

e) não há como determinar de modo minimamente objetivo um enunciado semanticamente indeterminado, o que levanta uma das mais intrincadas questões sobre *"la necesidad de esclarecer como es posible fundamentar correctamente en las indeterminadas disposiciones de la Constitución los mandatos implícitos que de ella derivan"* (PULIDO, 2008, p. 15).

Para Garcia Amado as Constituições devem se restringir à precisão evidenciada por seus termos e enunciados. Termos vagos ou comandos indeterminados estão à disposição apenas do Poder Legislativo, autorizado pelo princípio democrático a concretizar de tantas formas quantas forem possíveis. A escolha das várias possibilidades de concreção dos comandos constitucionais é atribuída aos intérpretes autorizados. Em primeiro lugar, ao legislador, depois aos juízes e, finalmente, aos Tribunais Constitucionais.

---

constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, desde o final do século XVIII, até praticamente todo o século XX".



Ao Tribunal Constitucional caberia somente o controle de constitucionalidade em sentido negativo, como defendia Kelsen ao criar a Corte Constitucional austríaca em 1920. Para Garcia Amado, segundo informa Bernal Pulido, o controle de constitucionalidade no neoconstitucionalismo seria um controle de máximos, que corresponderia ao "*principio in dubio pro iudice, al paso que el control positivista de mínimos sería correlativo al principio in dubio pro legislatore*" (PULIDO, 2008, p. 20).

Amado acredita que a subsunção e a interpretação gramatical e literal, nunca a ponderação, seriam os métodos *legítimos* de aplicar a Constituição, uma vez que não haveria critério que eliminasse de dúvidas a forma de compreender e aplicar um princípio jurídico ao caso concreto. Isso geraria, para Amado, uma simulação de fundamentação de que se valem hoje juízes e tribunais, abrindo-lhes ampla discricionariedade, sobretudo porque em uma sociedade plural não haveria princípio que pudesse ser objetivado.

Não obstante a tentativa em conter os ímpetos políticos dos Tribunais Constitucionais a partir de postulados positivistas, Bernal Pulido vai apontar contra Amado o exemplo por ele mesmo trazido, no qual este concorda com determinada decisão judicial que estendeu o conceito legal de domicílio também para os quartos de hotéis. Pulido sugere que Amado mostra-se rapidamente contraditório, pois tal extensão do conceito de domicílio aos estabelecimentos de hospedagem mostraria a incoerência da proposta de limitar a atividade jurisdicional à subsunção de regras, como queria Carl Schmitt.

A crítica de Pulido a Amado e a crítica de Amado a Sanchís revelam a improbabilidade de controlar a linguagem, mesmo nos mais precisos termos, visto que, como já havia mencionado Schmitt em 1930, não há regra que seja capaz de solucionar uma situação de exceção, uma peculiaridade não imaginada, um caso difícil (os *hard cases* trabalhados por Dworkin)<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Sobre a reviravolta linguístico-pragmática da linguagem, a permitir uma tomada de consciência dos limites a que está submetido o interprete, conferir Manfredo Araújo de Oliveira (2001).

Em contraposição ao argumento de que o neoconstitucionalismo ofenderia a tripartição de poderes, autores considerados neoconstitucionalistas reinterpretem o princípio, para afirmar que a legitimidade da jurisdição constitucional atual começa a ser traçada em face do próprio princípio democrático, *“para la que representa un limite, a la vez que la completa”*:

*Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que – como la experiencia enseña – podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.”*

(...)

*Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no solo ya del ser del derecho, es decir, de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que predicen su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez”.*

(FERRAJOLI, 2005, p. 19)

Os estudos neoconstitucionalistas param nos preceitos que modificam os paradigmas anteriores, deixando de dar curso às formas de administração dos riscos trazidos com a discricionariedade do juiz. Nem mesmo a racionalidade das decisões passa a ser objeto de estudo, consistindo em última instância em uma teoria pouco exigente no que toca à validade da fundamentação das decisões judiciais e às condições processuais que legitimam o provimento. Paulo Gustavo Gonet Branco registra esse traço do neoconstitucionalismo no seguinte trecho da obra *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional* (2009):

Prieto Sanchís assevera que, sob o novo formato constitucional, “o protagonismo continua a ser do legislador democrático, mas a última palavra é dos juízes,” admitindo, mais, em outro momento, que a “rematerialização da Constituição importa um deslocamento da discricionariedade da esfera legislativa para a judicial”.

(...) A dificuldade está em que “para determinar o contorno de um direito não basta invocar os enunciados que o reconhecem, mas é

preciso levar em consideração todos e cada um dos preceitos constitucionais”. Para isso, toma-se o exercício da ponderação como imprescindível, mesmo sem se negar “o caráter valorativo e de discricionariedade que a ponderação supõe, conduzindo a que, por vezes, na Constituição rematerializada, seja “a lógica do legislador (...) substituída pela lógica do tribunal”.

(BRANCO, 2009, p. 132)

Como demonstra Gonet Branco, o neoconstitucionalismo remete a um sistema argumentativo de fundamentação aberto aos mais variados matizes ideológicos, permitindo uma discricionariedade ampla na concretização dos princípios constitucionais. Vale dizer que o Direito se abre às ideologias concorrentes na sociedade não só no momento de legislar, mas também no ato de interpretação da Constituição.

Não bastasse a liberdade argumentativa trazida pelo sentido incompleto dos princípios, Gonet Branco registra que, para Sanchís, as regras podem também ganhar a forma de aplicação dos princípios a depender da situação concreta. Vale dizer que as regras podem ter sua aplicação confirmada ou negada a depender do discurso utilizado pelo intérprete à luz do caso concreto<sup>66</sup>.

O neoconstitucionalismo de Sanchís<sup>67</sup> supera em discricionariedade o próprio normativismo kelseniano (2006), momento em que ainda se supunha ser possível fixar uma discricionariedade judicial dentro do quadro ou da moldura de possibilidades de interpretação compatíveis com a “letra” da lei, o que permitia contrafaticamente levantar objeções a uma determinada interpretação.

---

<sup>66</sup> “Daí Prieto Sanchís insistir em que o mais correto seria ‘afirmar que certos conflitos normativos não de se resolver ao modo [da ponderação] e que, então, as normas recebem o nome de princípios’. Portanto, para Sanchís, somente se a solução do problema preferir um enfoque de aplicação gradual da norma é que esta há de ser considerada um princípio. Isso equivale a apregoar que uma regra deverá ser lida como princípio se a ponderação for recomendada pelos resultados a serem colhidos pelo raciocínio jurídico – e não o contrário, como seria de se esperar. Adotando-se essa doutrina, não é a natureza da norma que define o critério de solução do problema, mas é a solução desejada que rotulará a norma como princípio ou regra.” (BRANCO, 2009, p. 136)

<sup>67</sup> Como anota Gonet Branco (2009, p. 130), há diferentes matizes neoconstitucionalistas.

Gonet Branco anota que Prieto Sanchís não deixa de enfrentar a questão da separação de poderes e a restrição sugerida ao judiciário em razão do seu papel de poder contramajoritário:

Enfrentando o argumento contramajoritário, Prieto Sanchís ainda argui que a objeção perde relevo, quando se revela que ela reduz realidade e ficção a um mesmo nível de exame. O ideal democrático que empolga a crítica se centra na ficção de que efetivamente a obra do legislador é a expressão da vontade geral, obscurecendo a realidade de que a lei é a obra de um órgão do Estado, o legislador, que pode ser comparada com um diploma juridicamente superior, a Constituição, por outro órgão do Estado, a quem a Constituição atribui tal tarefa. (...)

Os que falam em neoconstitucionalismo assumem que a discricionariedade do juiz é ampla, sobretudo nos casos de ponderação, mas não veem nisso causa para alarme, já que essas deliberações se legitimam pela “depurada argumentação racional” em que se fundam.

(BRANCO, 2009, 133-134)

Ao atacar a ficção de uma suposta vontade geral parlamentar, e defender a racionalidade dos trabalhos dos tribunais constitucionais em detrimento do papel do legislador, Sanchís faz acender o sinal de perigo que levava Kelsen a advertir Schmitt quando este atacara o liberalismo político e as ficções jurídicas do positivismo.

Tanto para Schmitt quanto para Sanchís o parlamento carece de legitimidade quando observada a práxis de seus trabalhos. Outros órgãos são mais eficazes e racionais para lidar com a Constituição – o presidente alemão, para Schmitt, e o tribunal constitucional, para Sanchís. Rapidamente, ambos atacam a racionalidade do parlamento para transferir o Poder Legislativo a um pequeno número de altas autoridades, mais adequados a interpretar a Constituição em razão do grau mais elevado da racionalidade do discurso jurídico, mesmo a despeito de ele se tornar cada vez mais abstrato e permeável à subjetividade.

Sanchís maneja um argumento positivista: a lei promulgada pelo legislador pode passar pelo crivo da Constituição interpretada pelos Tribunais Constitucionais porque assim dispõe a Constituição. Ele deixa de enfrentar amplamente os riscos de tribunais gozando de tamanha liberdade para julgar.

Para ele, e para os neoconstitucionalistas em geral, o Tribunal Constitucional é um ator ideológico muito pouco suspeito.

As reflexões de Sanchís não estão erradas quanto à necessidade de concretização de princípios na atividade jurisdicional, mas o faz de forma excessivamente empolgada, como que embriagado pelas novas possibilidades. Por isso afirma Gonet Branco, comentando seus estudos, que “chama a atenção (...) o fato de não se dedicar espaço maior para se pormenorizar o que se exige para se obter uma boa fundamentação” (BRANCO, 2009, p. 141).

Seguindo as linhas do próprio Sanchís, afirma ele que, das semânticas relativas ao termo *ponderação*, “*tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas*” (SANCHÍS, 2005, p. 137).

Ao critério de resolução de conflitos quanto à lei mais específica, Sanchís indica tratar-se agora de operar mandatos de otimização, quando “*la medida de su cumplimiento o satisfacción depende de la medida en que resulte exigible la realización del otro principio*” (SANCHÍS, 2005, p. 139-140). Conclui, com o Tribunal Constitucional español que “*no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencia a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca (STC 320/1994)*” (*idem*, p. 143).

Segundo Sanchís, a máxima da ponderação de princípios de Alexy observa apenas que “*la ‘cantidad’ de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma*”. Afirma que “*esto [máxima de Alexy] tampoco significa que sea una fórmula hueca, sino que no es una fórmula infalible*” (SANCHIS, 2005, p. 143). E complementa:

*A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación de las normas constitucionales que no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la*

*luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna.*

*(idem, ibidem)*

Pela argumentação Sanchís procura superar os velhos modelos e talvez dispensar mesmo fórmulas matemáticas de atribuição de pesos a princípios (ALEXY, 2010, p. 147 e seg.). Para ele, a ponderação deve passar por quatro diferentes passos, de forma semelhante ao princípio da proporcionalidade de Alexy (2010, p. 116-120; p. 94-99: a) precisa visar um fim constitucionalmente legítimo; b) precisa ser apta, adequada ou idônea para atingir o objetivo ou finalidade constitucional; c) precisa demonstrar-se necessária, ou seja, *“ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictivo”*; e d) deve passar por um juízo de proporcionalidade em sentido estrito – há de se acreditar que *“existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo”* (SANCHÍS, 2005, p. 150-151)<sup>68</sup>.

Sanchís reconhece a ampla discricionariedade gerada pela fórmula da ponderação: *“Las críticas de subjetivismo no pueden ser eliminadas, pero tal vez sí matizadas”* (*idem*, p. 152). Afirma que com o processo argumentativo instaurado com a ponderação tornou possível verificar como os juízes se movimentam, em que valores se baseiam, dificultando assim a discricionariedade positivista e a falta de fundamentação das decisões legalistas fundadas na interpretação literal. Assim, continua, pode-se passar a criticar as decisões judiciais, apontando seus eventuais erros.

---

<sup>68</sup> Sobre a máxima da proporcionalidade – com relação à lei de colisão entre princípios – explica Alexy (2010, p. 116 -117): “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza dos princípios (...) Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. (...) Para se chegar a uma decisão [entre princípios antagônicos] é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (destaques do original).

Sanchís argumenta que “*una ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución*”, quando complementa, de forma contraditória ao postulado de que não haveria hierarquia entre princípios, que:

*Como sostiene Moreso, es preciso “una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes”, y esto há de permitimos establecer una jerarquía condicionada entre tales principios susceptible de universalización; “en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionemos la adecuación de el criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes”.*

(SANCHÍS, 2005, p 152-153)

Sanchís atrapalha-se ao tentar administrar os riscos de arbitrariedade do processo de ponderação. Em verdade, ele vai além do que a ontologia da linguagem permite conceber, isso desde os trabalhos de Wittgenstein (OLIVEIRA, 1996, p. 117-147). Definir uma “hierarquia condicionada entre alguns princípios suscetíveis de universalização” a partir de uma “reformulação ideal de princípios”, de forma a destacar as “propriedades relevantes” capazes de “oferecer soluções a todos os casos” de tal forma que se possa identificar o que ele chama de uma “verdadeira ponderação”, não parece compatível à natureza imprecisa da linguagem e à adequação da ponderação aos diferentes contextos, sobretudo ante a pluralidade de valores das visões de mundo individuais e comunitárias que habitam as sociedades políticas modernas. O pressuposto da ponderação, apresentado por Sanchís, de que a norma deve ser concretizada a partir do caso concreto, fica aqui mitigado por uma tentativa de controle a partir de um desenvolvimento de um conteúdo de princípios em abstrato, enquanto a filosofia da linguagem remete à complementação de sentidos ao caso concreto. Uma *verdadeira ponderação* não parece ser uma categoria adequada para as sociedades complexas e plurais.

Ronald Dworkin aponta os problemas típicos da discricionariedade das fórmulas da ponderação ao chamar a atenção de decisões recentes nos EUA. Em *The Supreme Court phalanx* (2007), Dworkin certifica-se de uma

“revolução constitucional” gerada a partir da indicação pelo ex-presidente George W. Bush de dois ministros ultraconservadores para a Suprema Corte:

*The revolution that many commentators predicted when President Bush appointed two ultra-right-wing Supreme Court justices is proceeding with breathtaking impatience, and it is a revolution Jacobin in its disdain for tradition and precedent. Bush's choices, Chief Justice John Roberts and Justice Samuel Alito, have joined the two previously most right-wing justices, Antonin Scalia and Clarence Thomas, in an unbreakable phalanx bent on remaking constitutional law by overruling, most often by stealth, the central constitutional doctrines that generations of past justices, conservative as well as liberal, had constructed. These doctrines aimed at reducing racial isolation and division, recapturing democracy from big money, establishing reasonable dimensions for freedom of conscience and speech, protecting a woman's right to abortion while recognizing social concerns about how that right is exercised, and establishing a criminal process that is fair as well as effective. The rush of 5-4 decisions at the end of the Court's term undermined the principled base of much of this carefully established doctrine. As Justice Stephen Breyer declared, in a rare lament from the bench, "It is not often in the law that so few have so quickly changed so much. It would be a mistake to suppose that this right-wing phalanx is guided in its zeal by some very conservative judicial or political ideology of principle. It seems guided by no judicial or political principle at all, but only by partisan, cultural, and perhaps religious allegiance".*

(DWORKIN, 2007)

Em 2010, Dworkin escreve *The “devasting” decision*, comentando sobre a declaração de inconstitucionalidade de leis que regulavam a influência do poder econômico nos gastos com propaganda durante o processo eleitoral americano e que proibiam emissoras de rádio e televisão de apoiar determinado candidato. As leis foram invalidadas por ofenderem a liberdade de expressão da Primeira Emenda:

*Against the opposition of their four colleagues, five right-wing Supreme Court justices have now guaranteed that big corporations can spend unlimited funds on political advertising in any political election. In an opinion written by Justice Anthony Kennedy and joined by Chief Justice John Roberts and Justices Samuel Alito, Antonin Scalia, and Clarence Thomas, the Court overruled established precedents and declared dozens of national and state statutes unconstitutional, including the McCain-Feingold Act, which forbade corporate or union television advertising that endorses or opposes a particular candidate. This appalling decision, in *Citizens United v. Federal Election Commission*, was quickly denounced by President Obama as “devastating”; he said that it “strikes at our democracy*



*itself.” In his State of the Union speech of January 27, he said, “Last week, the Supreme Court reversed a century of law that I believe will open the floodgates for special interests – including foreign corporations – to spend without limit in our elections.” He is right: the decision will further weaken the quality and fairness of our politics.*

(DWORKIN, 2010)

A Suprema Corte, revendo entendimentos que marcavam até então o constitucionalismo norte-americano, invalidou decisões políticas (leis) levadas a cabo sob a atenção da cidadania que, por sua vez, consentiu por regular a influência do poder econômico no processo político e contra isso não se opôs. Esse processo público de tomada de decisão torna-se irrelevante quando, como observa Cass Sunstein, por meio de um retorno ao paradigma do Estado Liberal, a Suprema Corte lança mãos de argumentos análogos ao do caso *Lochner v. New York* (1905), quando se tinha como paradigma de sociedade a economia de mercado<sup>69</sup>.

A partir desses elementos da história recente dos EUA<sup>70</sup>, pode-se enxergar a significativa fragilidade de uma teoria constitucional dependente da ideologia dos tribunais. Salta aos olhos os riscos embutidos num determinado

---

<sup>69</sup> Conferir Cass Sunstein, *A Constituição parcial* (2009, p. 85-89; 106-107; 292-294). Por exemplo, a seguinte passagem: “vimos que as leis que restringem os gastos nas campanhas foram justificadas como uma tentativa de promover a deliberação e a igualdade políticas por meio da diminuição dos efeitos deturpantes das disparidades de riqueza. Vimos também que a Suprema Corte invalidou essas leis como uma espécie de ‘expropriação’ da Primeira Emenda de abastados que expressam a sua opinião em favor dos mais pobres. Foi assim que a Suprema Corte se pronunciou em *Buckley v. Mateo* [leia-se *Valeo*], no sentido de que ‘o governo pode restringir a expressão de alguns elementos da nossa sociedade de modo a realçar a voz relativa de outros é completamente estranho á Primeira Emenda’. Nós também tivemos a oportunidade de observar que o caso *Buckley* reflete a neutralidade do *status quo*, tanto que na realidade deveria ser visto como uma decisão análoga à de *Lochner v. New York*: uma decisão de tomar o *status quo* do mercado como algo anterior à política, e a utilização dessa decisão para invalidar os esforços democráticos no sentido de realizar reformas. A fíducia nos mercados constitui neutralidade dos governos” (p. 292-293).

<sup>70</sup> Ver também Ronald Dworkin (2001): “*The 2000 election has finally ended, but in the worst possible way – not with a national affirmation of democratic principle but by the fiat of the five conservative Supreme Court justices – Chief Justice Rehnquist and Justices Kennedy, O’Connor, Scalia, and Thomas – over the fierce objection of the four more liberal justices, Justices Breyer, Ginsburg, Souter, and Stevens. The conservatives stopped the democratic process in its tracks, with thousands of votes yet uncounted, first by ordering an unjustified stay of the statewide recount of the Florida vote that was already in progress, and then declaring, in one of the least persuasive Supreme Court opinions that I have ever read, that there was no time left for the recount to continue. It is far from certain that Gore would have been elected if the recounts had been completed; some statisticians believe that Bush would have picked up more additional votes than Gore. But the Court did not allow that process to continue, and its decision ensured both a Bush victory and a continuing cloud of suspicion over that victory*” (DWORKIN, 2001).

paternalismo judicial, sobretudo quando as cortes constitucionais deixam de ser consideradas atores ideologicamente suspeitos.

Viradas jurisprudenciais que modificam a Constituição podem ocorrer de forma abrupta, com total alheamento da cidadania, e até mesmo contra ela, como parecem demonstrar alguns julgados recentes nos EUA.

Seguir acriticamente os postulados desse constitucionalismo significará que qualquer reforma constitucional judicialmente operada poderá ser compreendida pelos estudiosos como um reforço de legalidade, simplesmente porque pronunciado por juízes e “fundamentado” num discurso que remete à Constituição.

O problema do juízo de ponderação é que ela não rompeu a circularidade normativista autolegitimadora da autoridade. A autoridade do juiz não é um problema. Ao valer-se do juízo de ponderação, o tribunal que decide um caso imuniza-se de toda influência ideológica, o que parece ser ainda um resquício do cientificismo positivista do século XX.

O princípio da proporcionalidade, o critério de consideração imparcial dos princípios colidentes e do tratamento isonômico das partes, ou ainda a necessidade de considerar o mais abrangentes possível todos os fatores relevantes para o devido sopesamento das circunstâncias fáticas e jurídicas, não constituem as deficiências do neoconstitucionalismo, em que pesem eventuais discussões<sup>71</sup>. O que se estranha é a falta de problematização quanto ao pluralismo latente das sociedades atuais que não é refletida adequadamente no tratamento da nova hermenêutica<sup>72</sup>.

O neoconstitucionalismo enfatiza o método que o juiz deve adotar para encontrar a solução do caso concreto sem se preocupar com a subjetividade ideológica do pano de fundo que confere racionalidade a qualquer decisão. De certa forma é o que Dworkin também faz ao lançar mão

---

<sup>71</sup> Por exemplo, sobre a discussão propriamente dita do princípio da ponderação e da única decisão correta no Direito, conferir Paulo Gustavo Gonet Branco (2009).

<sup>72</sup> Em formulação típica norte-americana, Cass Sustein (1996, p. viii): “*This point is a clue to a mystery: how the enterprise of law is possible in a heterogeneous society composed of people who sharply disagree about fundamental values?*”.

do juiz Hércules e seu critério de coerência explicado a partir da ideia de um romance em cadeia escrito por diversos atores. São perspectivas que partem da pessoa do juiz, da sua subjetividade pura colocada diante da tradição jurídica em que ele se encontra, como se essa própria tradição não fosse ela mesma fonte de divergências paradigmáticas. Talvez esteja aí o “pecado original” da deficiência do neoconstitucionalismo, inspirado que é nos trabalhos de Dworkin.

Alexy trabalha o caso *Lebach*, oportunidade em que o Tribunal Constitucional alemão proibiu a veiculação de documentário sobre um episódio em que um dos presos condenados encontrava-se na iminência de ser colocado em liberdade. Ele havia sido cúmplice do assassinato de quatro soldados que dormiam enquanto vigiavam um depósito de munição e armas do exército alemão, perto da cidade de Lebach. O Tribunal Constitucional, ao apreciar o caso, constata, primeiro, a existência de conflito de princípios entre a proteção da personalidade do preso, por um lado, e a liberdade de informação por radiodifusão, de outro. “Em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma ‘informação atual sobre atos criminosos’”, mas:

A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de interesse atual pela informação”, que coloca em risco a ressocialização do autor, a proteção da personalidade, tem precedência sobre a liberdade de informar (...) o que no caso significa a proibição de veiculação da notícia.

(ALEXY, 2011, p. 99-103).

Trata-se de decisão razoável à primeira vista. Uma notícia, sem qualquer relevância atual, que viria a atrapalhar a ressocialização de um indivíduo que cumprira sua pena. Cabe questionar, entretanto, se seria apenas isso. O princípio da liberdade de expressão e o do direito à informação, tomados sob a perspectiva da experiência cultural, não poderiam ter sido prejudicados, tendo em vista que o documentário poderia (e aqui é uma suposição) trazer uma reflexão que transcendesse o caso para tratar questões mais profundas e talvez até crônicas de uma região ou cidade específica?

Afinal, o tribunal não estava analisando uma matéria jornalística meramente informativa, mas um *documentário*.

Primeiro, há de se conferir se o direito à informação e o direito à cultura foram aventados. Afinal, tratava-se de um documentário. Segundo, pode-se questionar se não seria suficiente proteger a imagem e a identidade dos envolvidos, em vez de proibir a veiculação do documentário em si. Outra questão é saber se o tribunal, enquanto um ator ideologicamente formado, teria legitimidade para tachar o documentário de “notícia repetida”. Teria ele ascendência ética e racional sobre os demais membros e órgãos da sociedade para concluir que o documentário consistiria em notícia “não revestida de interesse atual pela informação” (Alexy, 2011, p. 102)?

O que sugere a questão é que facilmente se legitima uma decisão quando colocada na linguagem de uma confrontação entre tratamento dado a partir do princípio da ponderação e da colisão. Esse precedente, colocado em perspectiva, não daria azo a uma jurisprudência que viesse a deliberar cada vez mais sobre a liberdade de informação, de expressão e de comunicação?

Com o pouco que se tem sobre o caso, o julgamento, realizado à luz de apenas dois princípios, parece ter simplificado demasiadamente a situação normativa de aplicação do caso, colocando o tribunal na posição de um *pater familias* sem que isso fosse necessário – visto que bastaria determinar a preservação da imagem e do nome dos envolvidos no crime.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, baseado no princípio da ponderação, a partir de um instrumental analítico, parece insuficiente para lidar com a complexidade da natureza “decisionista” inerente à indeterminabilidade da linguagem constitucional. Kelsen ressaltou o perigo da excessiva discricionariedade dos termos abertos.

Schmitt, com seu princípio da identidade entre governantes e governados, irá servir de fonte de crítica para indicar essa identidade tripla entre *Constituição, jurisdição e jurisdicionado*. Ingeborg Maus identifica no

Poder Judiciário o superego das “sociedades órfãs”<sup>73</sup>. Aliás, a apromaticidade com que Robert Alexy descreve o caso acima parece evidenciar a procedência da crítica incisiva de Maus sobre a competência suprapositiva que o próprio Tribunal Constitucional Federal declarou solenemente a si mesmo<sup>74</sup>, liberando-se de vincular-se às regras constitucionais numa nova forma de teologia: uma “teologia constitucional”:

Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência constitucional. (...) assim como o monarca absoluta de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição (...) já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição. (...) A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição (...) tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziram diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma “teologia constitucional”.

(MAUS, 2000, p. 191-192)

A crítica de Maus sintetiza-se no termo “teologia constitucional”, parafrazeando aquele cunhado por Schmitt (“teologia política”). Há na fundamentação teórica da atividade jurisdicional, uma metafísica que coloca os Tribunais Constitucionais em uma posição privilegiada em relação aos demais atores, restringido o processo de interpretação e fundamentação ao seu próprio discurso, que recorre, em última instância, a valores abstratos e vagos para concluir algo que não pode ser senão uma decisão heterônoma.

---

<sup>73</sup> A sociedade órfã ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (...) Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de “esquerda” e de “direita” entre os juristas. (MAUS, 2000, p. 185).

<sup>74</sup> “O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL apud MAUS, 2000, P. 191).

Os debates de ontem e hoje, as críticas de Dworkin ao contexto do *judicial review* norte-americano, bem como parte significativa da história e da teoria do constitucionalismo do século XX requerem algo mais.

Encontra-se consumada a superação paradigmática que alterou a forma de aplicar a Constituição, com o conseqüente aumento do poder conferido ao Judiciário. Se inicialmente a mudança ocorreu no Brasil por uma necessidade prática, como sugere Luís Roberto Barroso<sup>75</sup>, não mais pode ser conduzido de modo intuitivo, sem que se possa reequilibrar o *modus operandi* da jurisdição constitucional, que tem de retroalimentar um sistema de promoção e afirmação das liberdades públicas e privadas.

A transferência de poder excessiva e indesejada do Legislativo para o Judiciário nas últimas décadas ocorreu sem que disso decorressem problemas relevantes no Brasil (como os que se contatam de forma aguda hoje nos EUA). Pelo contrário, esse novo paradigma apresenta-se como um avanço ante o paradigma legalista de todo o século XX, que trazia uma práxis não raro inconsistente e incoerente. A teoria do direito não pode traduzir-se em teoria decisionista. Ela deve aprofundar os traços que visam a legitimar a concretização dos preceitos constitucionais, de forma a tornar a decisão judicial menos autoritária.

## Capítulo 2 – A teoria discursiva da jurisdição constitucional

O decisionismo judicial que sobressai da atual perspectiva teórica do chamado neoconstitucionalismo não é algo que pode ser eliminado. É possível, conquanto, que esse traço discricionário adeque-se a uma perspectiva

---

<sup>75</sup> “Este discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-la a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo Direito Constitucional, fazendo com que a constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania. A preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade incorporou-se, de modo natural, à vivência jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema como se nós houvéssimos descoberto o óbvio após longa procura” (BARROSO, 2006-I, p. 447) (destaque do original).

procedimental/comunicativa que o torne menos impositivo e hierárquico e, portanto, mais dialógico e respeitoso.

O procedimento judicial já é estruturado discursivamente<sup>76</sup>, informado pelo princípio do devido processo legal<sup>77</sup>. Ocorre que nem sempre se obtém um provimento que é fruto de uma postura comunicativa (regulado pela força do melhor argumento<sup>78</sup>), sobretudo por parte do juiz, que deve encontrar-se equidistante das partes e dos argumentos e pleitos que são formulados na forma de demanda.

A dogmática jurídica concentrada em questões semânticas continua extremamente relevante nesse contexto (DWORKIN, 2003, p. 300 e seg.), mas se mostra insuficiente para lidar com a questão da indeterminabilidade *prima facie* dos princípios jurídicos ante o pluralismo das concepções de vida que

---

<sup>76</sup> No âmbito da Teoria Geral do Processo, conferir Guilherme Marinoni (2011, p. 406-460).

<sup>77</sup> “O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação. (...) Mesmo que não haja, legalmente, nenhuma duração máxima para processos, há prazos (...) que impedem que questões conflitivas sejam tratadas de modo dilatório e fora do direito. Além disso, a distribuição dos papéis sociais no processo produz uma simetria entre a promotoria e a defesa (no processo penal), ou entre a acusação [requerente] e o acusado [requerido] (no processo civil). E, durante a condução das negociações, o tribunal pode assumir, de diferentes maneiras, o papel do terceiro imparcial (...). Durante a instância da prova, os ônus da prova são regulados de modo mais ou menos claro para os participantes do processo (...) como uma disputa entre partes que perseguem seus próprios interesses. Embora no processo penal o tribunal ‘por dever de ofício e para pesquisar a verdade, tenha que estender o levantamento de provas a todos os fatos e provas relevantes para a decisão’ (parág. 244, alínea 2), os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa pela verdade. Porém, como acontece no processo do júri anglo-saxão, os espaços da ação estratégica estão organizados de tal forma que possivelmente todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados. O tribunal apoia nele a sua avaliação dos fatos e seu julgamento jurídico. (...) O discurso jurídico, no qual os fatos ‘provados’ ou ‘tidos como verdadeiros’ são julgados normativamente, só é abrangido, sob aspectos objetivos, pelo direito processual, na medida em que o tribunal tem que ‘apresentar’ e ‘fundamentar’ o seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública. A fundamentação consiste nos fatos e nos argumentos da decisão” (HABERMAS, 1997-I, p. 292-294). Ver também Marcelo Cattoni (2004, p. 70-71; 74-76): “A reconstrução adequada da situação de aplicação, condicionada e garantida pelo Direito Processual, é que possibilita, juridicamente, a determinação de qual, dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada. Todavia, tal possibilidade, chamamos atenção, depende, e isso nem sempre é tão óbvio, de um Direito Processual Jurisdicional que, presente a tensão interna e externa ao Direito entre facticidade e validade, garanta a devida racionalidade do procedimento e a reflexividade que cobra o paradigma do Estado Democrático de Direito. Disso, inclusive, resultaria a relevância dos princípios constitucionais processuais, tais como os do *due process*, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juiz natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, etc., que estruturam o ‘modelo constitucional do processo’” (p.74-75).

<sup>78</sup> Sobre o agir comunicativo (voltado ao entendimento), o agir instrumental (meios a fins) e o agir estratégico (que se vale do engodo), conferir Habermas (2002, p. 183-221).

compõem as sociedades atuais e ante os diferentes discursos interpretativos da principiologia constitucional, que se abrem inclusive às possibilidades de abuso<sup>79</sup>.

Há de se enfrentar assim a questão da racionalidade das decisões sob a perspectiva intersistêmica, vale dizer, quanto à racionalidade do provimento em face dos demais sistemas sociais, que, em última instância, refletirá no mundo da vida<sup>80</sup>. Compreender a linguagem dos sistemas autônomos é fundamental para a eficácia e efetividade<sup>81</sup> do provimento concretizador da Constituição.

---

<sup>79</sup> “A compartimentalização convém tanto ao convencionalismo quanto ao pragmatismo, ainda que por razões diferentes. As divisões do direito baseiam-se na tradição, que parece favorecer o convencionalismo, e fornecem uma estratégia que um pragmático pode manipular para dizer suas nobres mentiras: pode explicar que, em princípio, sua nova doutrina não precisa ser coerente com as decisões do passado porque estas, bem entendidas, pertencem a outro ramo do direito. O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem-sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar” (DWORKIN, 2003, p. 301).

<sup>80</sup> “O conceito de mundo da vida, da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados. (...) Os indivíduos socializados não conseguiriam se afirmar na qualidade de sujeitos se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa. (...) A prática comunicativa cotidiana, na qual o mundo da vida certamente está centrado, resulta, com a mesma originalidade, do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização. A cultura, a sociedade e a pessoa pressupõem-se reciprocamente. (...) Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação ‘direito’, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o médium através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito” (HABERMAS, 1997-I, p. 111-112). Marcelo Neves apresenta a distinção do termo entre a teoria de Luhmann e Habermas: “A noção de ‘mundo da vida’ refere-se aqui à esfera das ações e vivências que não se encontram diferenciadas sistêmico-funcionalmente, implicando códigos de preferência difusos. Nesse sentido, a moral na acepção de Luhmann, como comunicação orientada pela diferença entre consideração e desprezo, faz parte do ‘mundo da vida’. Não se trata da concepção habermasiana de ‘mundo da vida’ como espaço de agir e vivenciar não subordinado aos códigos/meios sistêmico-funcionais (Habermas ... apontando para a diferença entre sistema e mundo da vida como processo de evolução social)” (NEVES, 2011, p. 93 [nota 154])

<sup>81</sup> “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2006, p. 290). Complemento o conceito como a ideia de inclusão sistêmica, vale dizer, efetividade decorrente da



Nesse passo, interessa verificar se o foto do pluralismo pode ser adequadamente tratado no processo de interpretação e concretização da Constituição, normativamente orientado pela racionalidade comunicativa do agir orientado ao entendimento, cuja ética do discurso, basicamente, pode-se resumir na regra de que deve prevalecer a força dos melhores argumentos<sup>82</sup>. Para isso, lança-se mão da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas, denominada também de Teoria Procedimentalista do Direito. Em seguida, verifica-se a necessidade de assegurar a racionalidade das decisões judiciais sob os aspectos interno e externo ao Direito, a partir da ideia de justiça como igualdade complexa trabalhada por Marcelo Neves, para terminar, então, com a análise do cancelamento da Súmula 394, pelo Supremo Tribunal Federal.

## 2.1 Jurisdição e pluralismo

Como não ser arbitrário num mundo onde a razão não nos confere a “autoridade” de soluções evidentes em casos de colisões ou conflitos de valores no seio das sociedades plurais<sup>83</sup>? Em quais condições o Direito pode

---

racionalidade e adequabilidade das decisões não só sob a perspectiva de um discurso jurídico coerente, mas capaz de assegurar a “eficiência” dos demais sistemas que regula, reforçando a um só tempo a observância espontaneamente da lei pelo entendimento subjetivo do destinatário da lei de que a norma é correta, assim como a decisão que se torna um precedente (*rule of law*). É essa a ideia de efetividade informada pela ideia de justiça como igualdade complexa trabalhada por Marcelo Neves (2001). Cf. também Marcelo Neves (2011, p. 47-48), definindo e relacionando eficácia, efetividade e vigência social da lei.

<sup>82</sup> “A racionalidade comunicativa expressa-se na força unificadora do discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes no ato de comunicação um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, garantindo assim simultaneamente um horizonte no seio do qual todos se possam referir a um só mundo objetivo” (HABERMAS, 2002, p. 192).

<sup>83</sup> “O sujeito racional solitário está morto, e são os valores culturais, os mundos plurais, as diversas concepções sobre a vida digna os temas com os quais se defronta a filosofia política contemporânea. É, portanto, pela via da intersubjetividade que se retorna ao mundo da ética, do direito e da política. É neste território que se situam as perguntas sobre como podemos compreender a nossa sociedade e quais são os elementos e instrumentos que devem atuar neste processo de compreensão. Liberais, comunitários e críticos-deliberativos compartilham este território comum. A intersubjetividade é, para todos, marco de referência da ética da política e imediatamente se vincula ao tema da construção da democracia. No entanto, se a democracia, como projeto de identidade ética e política, é a perspectiva por todos compartilhada, são diversos os instrumentos capazes de construí-la ou compreendê-la (...) São várias as formas através das quais, no âmbito da filosofia política contemporânea, liberais, comunitários e crítico-deliberativos respondem a estas questões. No entanto, e por razões que veremos mais adiante, já não é possível definir com precisão as fronteiras teóricas que delimitariam os seus campos de atuação” (CITADINO, 2000, P. 76-77).

impor normas de conduta e usar da violência para impor as sanções legais que prevê<sup>84</sup>?

O primeiro passo no enfrentamento do pluralismo é reconhecer o caráter aberto e incompleto das mensagens constitucionais. Trata-se de uma tomada de consciência quanto à natureza da linguagem<sup>85</sup>, da qual decorre também a identidade evasiva do sujeito constitucional<sup>86</sup>. A Constituição torna-se símbolo da unidade política (CATTONI, 2006) de uma sociedade plural precisamente por não impor de forma concreta, uniforme e totalizante valores particulares tão específicos que tornariam a ordem jurídica incompatível com as diferenças que habitam uma sociedade – como ocorreu no paradigma do Estado Social dos regimes ditatoriais europeus (Holocausto e o próprio nacionalismo) e os regimes autoritários latino-americanos<sup>87</sup>.

Seus preceitos vagos, indeterminados, carentes de concretização, mostram-se produtivos ao permitir que se crie uma discursividade sobre os fundamentos da própria Constituição. É reconhecer que não há conteúdo ausente de problematização, porque os preceitos fundamentais corolários dos princípios da igualdade e da liberdade deixaram, desde as revoluções do século XVIII, de ser apromáticas. Não há estamentos ou fundamentos acabados. As normas fundamentais da sociedade deixaram de estar

---

<sup>84</sup> Habermas anota o duplo caráter do Direito enquanto sistema de ação (imposição da norma pela violência) e sistema de saber (o direito pode ser obedecido pela adesão racional e voluntária à norma): “Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma de saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação” (HABERMAS, 1997, p. 110-111).

<sup>85</sup> Conferir a viragem linguístico-pragmática da filosofia contemporânea na obra de Manfredo Araújo de Oliveira (2001).

<sup>86</sup> “A identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos” (ROSENFELD, 2003, p. 17).

<sup>87</sup> Por exemplo, o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, que faz uso do discurso democrático para instaurar um regime de exceção: “Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria”.

associadas a uma cultura específica e aos argumentos das autoridades míticas ou religiosas para permitir a identidade da diversidade na linguagem abstrata capaz de incluir o diferente. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a liberdade religiosa advinda do Estado laico, que instaura a tolerância religiosa. Daí uma ausência inicial de identidade do sujeito constitucional, conforme explica Rosenfeld:

Na medida que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade. Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge vazia, uma ausência (*lack*), gerada pela distância que separa a autoimagem própria dos constituintes daquela comunidade política constitucional pluralista.

(ROSENFELD, 2006, p. 36)

O caráter abstrato da linguagem não é uma questão que deve ser extirpada do constitucionalismo contemporâneo, mas é ele mesmo o mecanismo produtivo que instaura um processo de identidade a partir da vagueza de seus preceitos. É precisamente a partir da falta de completude das mensagens constitucionais que se pôde viabilizar a inclusão discursiva dos diversos sujeitos por meio da liberação da comunicação que permeia a esfera pública. É o caso do conceito de povo e de soberania popular:

Tomemos como exemplo a expressão 'Nós, o Povo' (*We, the People*) que emerge grandiosa e envolta em brumas como sujeito constitucional nos Estados Unidos. Em abstrato, 'Nós, o Povo' parece ser completamente envolvente em seu abraço aparentemente pleno tanto dos constituintes quanto de todos aqueles a quem a Constituição se aplica. 'Nós, o Povo' reúne os constituintes e os que se encontram sujeitos à Constituição, assim como os governantes e os governados, de modo muito semelhante a como o contrato social de Jean Jacques Rousseau deveria gerar a unidade a partir da multiplicidade, por meio da adesão à vontade geral."

(ROSENFELD, 2003, p. 23)

A forma constitucional inaugurada pelos revolucionários norte-americanos enuncia a liberdade e igualdade de uma sociedade extremamente desigual. Uma igualdade que deveria respeitar as diferenças de uma sociedade

que nascia plural e complexa: liberdade religiosa, diferentes filosofias políticas, diversidade de nacionais e culturas, sistemas eleitorais e econômicos distintos. A Constituição identifica-se com o cidadão precisamente ao afastar-se de qualquer uma dessas formas de vida concreta, postergando o momento de definição dos assuntos mais intrincados para um processo de discussão público perene.

A partir da confederação de Estados soberanos independentes estabelece-se uma união mais perfeita por meio de um documento escrito que preserva a diferença dos Estados que então se uniam, assegurando a cada um uma ampla competência legislativa local e uma participação proporcional à população de cada estado membro num outro órgão que representa agora os interesses dessa unidade maior (câmara de deputados). Este órgão nacional teria ainda que dividir a atribuição de legislar a nível nacional com o senado, que representaria os interesses da federação, e com a presidência, incumbida primordialmente de executar as decisões do Congresso.

A Constituição vincula a administração por meio de princípios normativos que regulamentam a formação da “vontade do legislador”. Assim, instaura-se uma dinâmica, para introduzir e conformar uma unidade simbólica compartilhada intersubjetivamente pela permissividade inclusiva que o caráter igualitário institucionaliza na sua processualidade, deixando as minorias entreverem uma estrutura que garante a coexistência e a participação nos processos informais e institucionais, cuja possibilidade de se tornar maioria torna-se em si um convite à inclusão e à aceitabilidade da ordem jurídica estabelecida<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> “A ideia de que a melhor garantia de justiça e felicidade não está na tentativa de defini-las para todo o sempre, mas sim na postulação de processos governamentais pelos quais suas dimensões possam ser especificadas no decorrer do tempo, encontrou lugar em nossos documentos constitucionais mais importantes. Mesmo nossa principal declaração ‘jusnaturalista’, qual seja, a Declaração de Independência, demarca seu apreço pelo papel crítico do processo democrático (...) Acredito que ninguém se surpreenderá ao saber que o texto da Constituição original trata quase exclusivamente da estrutura do Estado, explicando qual dos vários agentes (...) tem autoridade para fazer cada coisa, e fornecendo muito detalhes sobre como tais agentes devem ser escolhidos e devem conduzir seu trabalho” (ELY, 2010, 118-119). “Mas isso não deve nos assustar: só estou tentando provar que a Constituição original tratava principalmente (...) de questões procedimentais e estruturais, e não de identificar e preservar valores substantivos específicos”. (*idem*, p. 122) “Não é justo dizer que o governo está ‘funcionando mal’ só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos (...) Numa democracia representativa, as

O Estado Liberal, o Estado Social (na sua vertente autoritária ou clientelista) e o Estado Democrático de Direito trazem cada qual compreensões e instrumentos próprios de concretização dos valores e objetivos políticos das sociedades de membros que se reconhecem livres e iguais. As autocompreensões que as sociedades fazem de si mesmas vão sendo substituídas paulatinamente ante as sucessivas crises sociais decorrentes do processo histórico. Às crises, são apresentadas novas soluções tentadas<sup>89</sup>. As novas formas de lidar com o político e os problemas sociais são informados e estabelecidos pelos paradigmas sociais e jurídicos que se sucedem. Paradigmas esses que significam tanto “constelação de crenças e valores” compartilhados socialmente, como “realizações passadas dotadas de natureza exemplar” (KUHN, 2003, p. 218)<sup>90</sup>.

São as experiências históricas significativas para a Teoria Constitucional, cujos modelos simplificados em paradigmas podem ser agora manejados no seio da Teoria do Direito. Pode-se verificar por meio dos paradigmas jurídicos as reconstruções envolvendo os discursos de igualdade e

---

determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se, a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto” (*idem*, p. 137).

<sup>89</sup> “(...) nenhuma parte importante da minha argumentação depende da existência de crises como um pré-requisito essencial para as revoluções; precisam apenas ser o prelúdio costumeiro, proporcionando um mecanismo de autocorreção, capaz de assegurar que a rigidez da ciência normal não permanecerá para sempre sem desafio. É igualmente possível que as revoluções sejam induzidas através de outras maneiras, embora pense que isso raramente ocorre” (KUHN, 2003, p. 225).

<sup>90</sup> “O conceito de paradigma, como já tivemos ocasião de afirmar, vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn. Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. É claro que a história como tal é irrecuperável e incomensuravelmente mais rica do que os esquemas que aqui serão apresentados, bem como se reconhece as infinitas possibilidades de reconstrução e releitura dos eventos históricos. Assim, o nível de detalhamento e preciosismo na reconstrução desses paradigmas vincula-se diretamente aos objetivos da pesquisa que se pretende empreender” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29). “De um lado, [paradigma] indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. O primeiro sentido do termo, que chamaremos de sociológico, é o objeto do item 2; o item 3 é devotado aos paradigmas enquanto realizações passadas dotadas de natureza exemplar” (KUHN, 2003, p. 218).

de liberdade, assim como as inovações políticas e jurídicas utilizadas para implementar a reconstrução paulatina desses discursos<sup>91</sup>.

O princípio democrático inicialmente deixado à deliberação do poder político, a partir da inclusão dos tribunais constitucionais como concretizadores de princípios jurídicos, passa a orientar também o processo político, criando assim uma interdependência entre espaço público político e espaço público jurídico, este voltado à interpretação do texto constitucional, centro de permanente reconstrução e complementação de sentido por parte dos intérpretes da Constituição. Daí a ideia de paradigmas jurídicos, permitindo a caracterização e a acumulação de experiências constitucionais até chegarmos ao ponto de afirmar que é preciso democratizar a interpretação do Direito<sup>92</sup>. Häberle teoriza assim sobre a *esfera pública jurídica*:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público, a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.

(HÄBERLE, 1997, p. 14)

O cidadão, que antes deveria se ocupar apenas do processo de formação da opinião e da vontade parlamentar, agora aparece com voz no processo público de entendimento e concretização de mandamentos

---

<sup>91</sup> Cf. Carvalho Netto, 2004, p. 30 e seg. sobre a caracterização dos paradigmas nos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito. Ver também SARLET (2010, p. 36-57), sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

<sup>92</sup> Peter Häberle (1997) constata que a “interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ e aqueles participantes formais do processo constitucional.” (p. 13). Sua tese é bastante “comunicativa”. Afirma Häberle: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (*idem*).

constitucionais. É o que hoje ocorre com a formação de uma esfera pública político-jurídica em torno dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal. Na perspectiva de uma jurisdição participativa, o caráter de ser parte ou interessado, ou mesmo amigo da Corte, ainda que preocupado em defender sua própria convicção (TAVARES, 2010), mostra o caráter multifacetário do agir e nos remete à questão do procedimento e da postura que o juiz deve assumir ao apreciar e julgar *em nome do Estado*. Importa-se aqui menos com os instrumentos formais de participação nos processos constitucionais do que com os processos públicos de discussão sobre os mais diversos temas jurídicos.

Nesse sentido, é fundamental a complementaridade entre o chamado “substancialismo” de Dworkin (I) e o “procedimentalismo” de Habermas (II).

(I) Preocupa Dworkin a discricionariedade ampla conferida pelo positivismo de Hart aos intérpretes estatais (preocupação que se aplica igualmente ao normativismo de Hans Kelsen, por exemplo). O ponto central é que o positivismo termina por admitir que o juiz pode *criar* direitos e deveres quando se depara com um caso difícil ou em situações que apresentem mais de uma decisão razoável. Isso, afirma Dworkin, é o mesmo que admitir não só os juízes passem a legislar, como é também permitir que eles apliquem a “nova lei” retroativamente<sup>93</sup>.

Ele enfrenta o problema do decisionismo reconstruindo o Direito a partir da ideia de princípios jurídicos. O Direito é formado não só por regras, mas também por princípios jurídicos que devem orientar a solução de casos concretos difíceis, complementando o sistema normativo ante a dificuldade de provimentos racionais e adequados à luz apenas da aplicação de *regras* jurídicas. Nos casos difíceis, a fonte do Direito é precipuamente os princípios

---

<sup>93</sup> “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” (DWORKIN, 2002, p. 127).

fundamentais estabelecidos pela tradição político-jurídica de determinada sociedade.

O intérprete deve se inspirar num “juiz Hércules”, que procede segundo a ideia de integridade do Direito. Hércules tem consciência de que escreve um novo capítulo de um “romance em cadeia” iniciado por outros autores. Como se trata de uma tarefa coletiva, Hércules precisa honrar a integridade desse romance. Para fazê-lo, ele deve levar em conta toda a história já escrita para poder fazer jus à qualidade do romance que ajuda a escrever. Dworkin descreve parcialmente a ideia de direito como integridade da seguinte forma:

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical (...) Insiste em que o direito (...) contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessário a sua justificativa. O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.

(DWORKIN, 2003, p. 273-274)

A ideia de integridade deve orientar Hércules na sua atividade judicante, que se volta para o passado a fim de honrá-lo, mas que precisa ao mesmo tempo colocar o capítulo que escreve em perspectiva, criando o liame e a coerência entre o que reproduz e dá continuidade hoje e o que ele revela e poderá ser criado amanhã, sempre à luz da história desse romance. Assim, ao escrever, o juiz precisa assegurar também que as gerações futuras de escritores tenham as melhores condições de escrita, permitindo que também eles façam uso de seus apuradíssimos sentidos estéticos. Daí a ideia de um romance em cadeia exigir dos juízes um apuradíssimo senso de



adequabilidade e coerência, uma vez que devem escrever essa história como se fosse obra de um único autor:

Um tal projeto [romance em cadeia], um grupo de romancistas escreve um romance em série (...) Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (...) Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (...) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor (...) Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema. Contudo, segundo a maneira que agora nos é peculiar, podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão de adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras (...) poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. (...) Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será malsucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. (...) A segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão. A esta altura, entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse. Mas as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda, pois mesmo quando nenhuma das duas interpretações é desqualificada por explicar muito pouco, pode-se mostrar o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo.

(DWORKIN, 2003, 276-278)

O Direito como integridade de Dworkin ilustra os vínculos e as restrições da atividade jurisdicional. Ao deparar com um caso concreto situado na última página desse romance, o juiz deve, primeiro, voltar reconstrutiva e

criticamente para o passado a fim de dar-lhe uma sequência *adequada*, honrando o patrimônio histórico e político deixado pela sociedade a que pertence. Trata-se de contextualizar o juiz historicamente: ele faz parte da história marcada por sucessivas gerações e como beneficiário dessa herança deve estar ciente de que deve preservá-la à sua melhor luz para as gerações futuras.

O juiz, ao deparar com casos inusitados, não pode, entretanto, criar direito novo. Ele só pode continuar escrevendo se puder dar um lastro de sentido que seja coerente com o passado. Pode ainda aperfeiçoar sua tradição, por meio de uma aplicação adequada e coerente de uma teoria política extraída da cultura política compartilhada, de onde é possível visualizar princípios políticos ainda não explicitados, de modo que ao fim se obtenha a uma obra que pareça ter sido escrita por um único autor<sup>94</sup>. Trata-se de um critério de coerência muito exigente.

Dworkin não nega a pluralidade de interpretações razoáveis e as diferentes possibilidades de dar continuidade ao romance, mas traça metaforicamente as balizas da interpretação correta. Um bom romance apresenta interpretações multifacetadas e seu escritor tem diferentes opções para dar continuidade a essa história. Mas à noção de adequação com a estrutura do romance deve vir em auxílio à avaliação sobre a melhor leitura entre aquelas possíveis (é quando “entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos”), que deixará o romance em melhores condições de ser escrito pelas gerações futuras. Aqui, a decisão correta é a que corresponde ao senso estético mais apurado.

---

<sup>94</sup> “A melhor interpretação de certos tipos de casos pode estar num princípio que nunca foi explicitamente reconhecido, mas que ainda assim oferece uma brilhante descrição das decisões verdadeiras, mostrando-as em sua melhor luz como jamais antes foram mostradas. Hércules vai enfrentar esse problema com uma questão especial de moral política. A história política da comunidade será portanto uma história melhor, imagina ele, se mostrar os juízes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade, e se mostrar os juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade. Além disso, as opiniões judiciais formalmente anunciadas nos repertórios jurídicos são, em si, mesmas, atos da comunidade personificada que, sobretudo quando recentes, devem ser incluídos na esfera da integridade” (DWORKIN, 2003, p. 296-297).

Não esquece Dworkin a responsabilidade histórico-social da função do juiz. Dessa história complexa e romanceada tiram-se lições e normas que, não só por estarem nas entrelinhas, ligam os diversos episódios que trazem mensagens a compor uma *comunidade de princípios*, à qual o juiz deve se reportar ao decidir. Juízes devem procurar reconstruir o passado da melhor forma possível para, a partir de um juízo de adequabilidade com os capítulos já escritos, proceder à construção de sua decisão de forma coerente com os princípios que regem a sociedade.

Dworkin elabora uma “teoria da ponderação” a partir da ideia de direito como integridade, revelando-se talvez mais completo e exigente do que a apropriação analítica realizada pela tradição do *civil law*, que tende a simplificar tanto as exigências normativas, quanto a situação de aplicação.

A ideia de romance em cadeia e a ilustração *normativa* de Hércules é formal, referida apenas secundariamente a um “substancialismo”, cujo conteúdo provém da história do seu país e não da teoria jurídica em si. O substancialismo de Dworkin encontra-se na tradição da cultura em que está inserido o intérprete. Ele se vale de precedentes para ilustrar o “método da integridade”, que requer mais do que uma ponderação decorrente de princípios abstratos: requer uma teoria política e jurídica que remeta à consciência histórica de uma comunidade política concreta, onde o provimento deve ser coerente com esse contexto normativo da situação de aplicação.

A integridade demanda respeito ao processo histórico e democrático. Trata-se de uma tentativa de condicionar a interpretação, evitando uma atuação arbitrária do juiz, que deve evitar herdar os traços do arbítrio e do paternalismo de ontem (parlamento e o executivo). Trata-se de dar continuidade a uma filosofia política capaz de assegurar igualdade e liberdade (todos devem ser tratados com igual respeito e consideração). Nos casos difíceis, os juízes então devem recorrer a um princípio político ou moral que informa uma decisão adequada e coerente, princípio que pode até não ter sido

explicitado ainda, mas que deve fazer jus à história e à tradição política que, ao fim, informam a escrita desse romance<sup>95</sup>.

(II) Habermas, por sua vez, se inspira na teoria do Direito como integridade de Dworkin<sup>96</sup>. A decisão judicial coerente e correta para Dworkin requer a devida reconstrução histórica de uma teoria política. Caberia aos juízes, por sua vez, identificá-la e reproduzi-la na fundamentação dos *hard cases*. Essa conexão do princípio da integridade ao processo histórico das sociedades políticas é visto por Habermas como algo necessário que torna a argumentação por demais complexa<sup>97</sup>.

Assim como para um alemão não é recomendável levar o “turbilhão da história para dentro da própria teoria” (HABERMAS, 1997-I, p. 273), os regimes democráticos não estão imunes à sobrecarga dessa exigência. Da segurança jurídica rígida do positivismo, Dworkin estaria promovendo um indesejado “movimento ondulatório” para o qual o sistema de regras é transferido, caso a caso, por toda interpretação ulterior coerente”:

Parece que os aspectos surpreendentes de todo caso novo atraem a própria teoria para o turbilhão da história. A dúvida logo se manifesta: o legislador político tem que reagir de modo adaptado aos processos históricos, mesmo que o direito esteja aí para erigir barreiras de expectativas de comportamento estáveis contra a pressão da variação histórica.

(HABERMAS, 1997-I, 273)

Noutros termos, é perguntar até que ponto pode o Judiciário, a partir da releitura da própria história política e jurídica, fazer-se valer da ideia de Direito como integridade para determinar os rumos do processo político e democrático.

<sup>95</sup> “Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão *deontológica* de pretensões de validade jurídicas” (HABERMAS, 1997, p. 256).

<sup>96</sup> “O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que asseguram, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. (...) Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma ‘interpretação construtiva’ que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou um ‘fim’” (HABERMAS, 1997-I, p. 260-261).

<sup>97</sup> É a partir deste ponto, sobretudo, que Habermas tenta aperfeiçoar a teoria do direito como integridade de Dworkin, formulando uma Teoria Discursiva da Jurisdição.

Mais uma vez a crítica de Maus se faz pesada. Ela aponta um autoritarismo cultural norte-americano que estaria latente na teoria de Dworkin. A ideia de “sociedade órfã”, a partir dos estudos de Herbert Marcuse com a psicanálise social, permitiria compreender uma Teoria da Democracia centrada nas virtudes dos juízes.

Segundo Maus, nas sociedades órfãs atuais, a figura do pai teria perdido a importância na formação da personalidade dos filhos como superego individual (algo a ser “imitado” na formação da personalidade). Com essa perda de referência, ter-se-ia operado uma transferência da “referência forte” do pai para as autoridades do Estado em evidência, conduzindo a um “infantilismo dos sujeitos” perante essas autoridades. O líder político ou o judiciário teriam substituído a referência do pai, diluída na coletividade da sociedade moderna, numa dependência mais fraca (com a aceitação acrítica da autoridade dessas figuras), permitindo que esses indivíduos se tornassem “meros objetos administrados (...) facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna” (MAUS, 2000, p. 184-185). Há mesmo uma semelhança com a ideia de identidade entre governantes e governados de Carl Schmitt

O Judiciário não pode ser *neutro* para Dworkin, pois a integridade quer vê-lo agindo de forma imparcial para reproduzir o mais belo capítulo dentre os vários outros possíveis de serem escritos.

Ocorre, entretanto, que a sabedoria do juiz nunca é interrogada. Ele vincula o juiz ao critério de adequação e coerência (histórica e principiológica), mas dá por inevitável que este juiz aplique o seu senso de estética ao capítulo que escreve.

Dworkin deixa sugerir uma vez mais a velha noção de identidade, não mais entre governo e governados, mas entre Judiciário e sociedade política, como fazem os neoconstitucionalistas nele inspirados e contra quem se pode opor mais uma vez a crítica de Maus:

O retorno mais marcante na imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle de

constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juízes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como “profetas” ou deuses do “Olimpo do direito” (Alan Barth) (...) O aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na ideia – que suscita algo como uma reedição dos antigos “espelhos dos príncipes” – de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade de juízes. (...)

(MAUS, 2000, p. 186)

Para Maus, Dworkin não deixa de reproduzir esse aspecto da cultura norte-americana, e com ela uma “teoria órfã”, na qual indivíduos imaturos recorrem a uma personalidade forte e em evidência a servir-lhe de referência (*alter ego*). A teoria de Dworkin não passa despercebida:

Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema [da ligação indeterminada de uma moral atribuída ao direito e a moral empírica da sociedade] fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fator decisivo da interpretação jurídica. (...) Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social (...) No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior” (...) é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (...) A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?

(MAUS, 2000, p. 185-187)

Habermas, informado pela crítica de Maus<sup>98</sup>, procura retirar as pressões idealistas e a característica paternalista e autoritária da formulação teórica de Dworkin. Habermas acredita que a integridade, “um ideal tão

---

<sup>98</sup> Interessante notar que Maus não exime a teoria jurídica alemã, apondo a ela a mesma crítica: “Erich Kaufmann é representativo da fração conservadora dessa época quando considera que ‘com a queda da monarquia o povo alemão perdeu indubitavelmente um importante símbolo de sua unidade’. Como ‘sucedâneo’ ele propõe exatamente os direitos fundamentais da nova Constituição e seus intérpretes judiciais. (...) A justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a ‘consciência jurídica’, revelada mediante o ‘receptáculo puro’ que é o juiz” (MAUS, 2000, 186).

pretensioso, irá sobrecarregar, via de regra, uma jurisdição profissionalizada” (HABERMAS, 1997-I p. 274).

Enfrentando a ideia de que o Direito deve ser capaz de estabelecer expectativas de comportamento, Habermas leva a compreensão de segurança jurídica a “um outro nível”, capaz de se adequar à discursividade da própria ideia de integridade do Direito, que remete à análise de correção (*fairness*) do provimento judicial ao caso concreto procedimentalmente apreciado (*due process*), imputando os riscos de erro e reduzindo a discricionariedade do juiz a um empreendimento conjunto produzido no curso do processo entre as partes e o juiz. Assim, o Direito como integridade é levado para a pragmática do discurso argumentativo procedimentalizado, num contexto mais delimitado de enfrentamento dos elementos de instrução probatória:

Um sistema de direitos que não é formado apenas *a fortiori* de “regras” que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtido em programas condicionais [com base em princípios]. (...) Em troca, a postulada teoria do direito [de Dworkin] possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica num outro nível. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.

(HABERMAS, 1997-I, p. 273-274) (original sem destaque)

Assim, a segurança jurídica de um ordenamento de regras e princípios é condicionada também, e em grande medida, à capacidade técnica e argumentativa das partes e do próprio juiz, estando vinculada às possibilidades de comportamento e produção de prova produzidas *discursivamente* (contraditório) no curso do processo. Imparcialidade é decidir fundamentadamente a partir dos elementos do processo, de forma equidistante das partes. Os riscos de decisões incorretas não estariam mais atrelados à

capacidade cognitiva e cultural apenas do juiz, mas do juiz e das partes, os quais, todos, são corresponsáveis pelo acerto do provimento.

O recurso a uma tradição jurídica, a um ideal de integridade e à ideia de romance em cadeia é substituído. Afirma Habermas que “no lugar dos ideais, entram os paradigmas”:

(...) nos quais normas que temos como válidas aqui e agora, foram trazidas para uma ordem transitiva. Dado que uma tal ordem pode ser construída sem relação com possíveis situações e aplicações, esses paradigmas contêm descrições generalizadas de situações de um determinado tipo. Nós normalmente lançamos mão de tais ordens mais ou menos sistematizadas, quando solucionamos casos de colisão típicos e previsíveis. Elas formam um pano de fundo contextual no qual nossas avaliações da situação e os correspondentes juízos morais *prima facie* estão embutidos. Juntamente com outro saber-de-orientação-cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos.

(GÜNTHER *apud* HABERMAS, 1997-I, p. 274-275)

A substituição do ideal do romance em cadeia da qual Hércules participa como coautor por descrições “generalizadas de situações de um determinado tipo ou ordens mais ou menos sistematizadas” permitiria aos juízes acessarem as pretensões de correção e coerência sem a necessidade de enfrentar o “turbilhão da história”, porque:

Tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar “a olho” uma quantidade desordenada de princípios aplicáveis somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito compartilham com todos os demais parceiros do direito.

(HABERMAS, 1997-I, 275)

Os paradigmas, entretanto, alerta Habermas, podem se fechar em demasia para as diferentes visões de mundo que concorrem na compreensão do Direito. Nesse sentido, a coerência das decisões judiciais também restaria



prejudicada pela imposição de um paradigma fechado a valores específicos numa sociedade caracterizada pela pluralidade.

Daí a necessária abertura do paradigma adotado reconstrutivamente, conforme a ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição. O pluralismo é trabalhado nesse estágio, a partir do diálogo que a Teoria do Direito tem de manter com a filosofia política e com a sociologia do Direito, por exemplo. Por isso, Habermas afirma no início do capítulo 5 de *Direito e Democracia*, ao analisar a indeterminabilidade do Direito moderno, que toda jurisdição tem de fazer uma imagem do meio em que está inserida (HABERMAS, 1997-I, p. 241-242) se pretende ao mesmo tempo estabilizar expectativas de comportamento e assegurar a correção das decisões judiciais, gerando integração social<sup>99</sup>. Imagem, ou paradigma, que permanece aberto ao diálogo, interferindo e sofrendo interferência argumentativa também no desenrolar argumentativo do processo judicial, e pela própria esfera pública em que está inserido (cf. infra).

Habermas acredita que o recurso ao instrumento do paradigma jurídico torna a Teoria do Direito mais realista, pois traz o critério de correção para dentro de uma Teoria do Direito menos atabalhoada do que a reconstrução histórica e filosófica da cultura política de um país. Paradigma que, entretanto, não deixa de ser reflexivo e aberto a essa cultura, mas viabiliza ser reconstruída e aplicada em “nível do discurso produzido processualmente”. Só assim pode-se ter de forma mais estável critérios contingentes de correção

---

<sup>99</sup> Ao comentar a obra *Direito e democracia*, Habermas afirma sobre o papel do Direito enquanto instrumento de integração social: “O primeiro tópico – forma e função do direito moderno – deriva de uma controvérsia sociológica sobre a função do direito moderno. A questão é se o direito moderno é só um meio para o exercício de poder administrativo ou político ou se o direito ainda funciona como um *medium* para a integração social. Neste particular filio-me à posição de Emile Durkheim e Talcott Parson contra Max Weber: as normas jurídicas são hoje o que resta de um cimento social que se acha esfarelado; se todos os demais mecanismos de integração social estão exauridos, o direito ainda provê alguns meios para manter agregadas sociedades complexas e centrífugas que de outra forma teriam caído aos pedaços. O direito figura como um substituto dos demais mecanismos de integração que falharam – mercados e administrações, ou valores, normas, e comunicação face a face. Esta capacidade integrativa pode ser explicada pelo fato de que normas jurídicas são particularmente funcionais como resultado de uma combinação interessante de propriedades formais: o direito moderno é todo formatado em termos de direitos subjetivos, ele a um só tempo é direito positivado e possui força coercitiva; e embora o direito moderno requeira de seus destinatários nada mais que um comportamento de acordo com a norma, ele deve não obstante atender a expectativa de legitimidade ao possibilitar que pessoas observem as normas, se elas o desejarem, por mero respeito ao direito” (HABERMAS, 2007, p. 1).

dos provimentos judiciais, seguidos da esperada estabilização de expectativas de comportamento e da adesão perlocucionária (espontânea) de sujeitos que observam a lei.

Contextualiza Habermas a teoria da jurisdição numa teoria discursivo-pragmática, a superar o método monológico do princípio da integridade de Dworkin<sup>100</sup>: “precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente” (HABERMAS, 1997-I, p. 277) para colocá-lo num empreendimento comum de uma sociedade de parceiros livres e iguais que também interpretam a mesma “história”, numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

O juiz e as partes ficam incumbidos de escrever o melhor capítulo desse romance em cadeia, ainda que as partes permaneçam atuando estrategicamente, fato que não dispensa ainda uma ética cooperativa mínima (boa-fé, por exemplo). É a ideia de igual respeito e consideração que sugeriria a Hércules voltar-se também e em grande medida para uma construção intersubjetiva do provimento judicial. A crítica de F. Michelman, trazida por Habermas, é pertinente: “*Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality*” (MICHELMAN *apud* HABERMAS, 1997-I, p. 278). Hércules não dialoga com ninguém, a não ser por meio de livros<sup>101</sup>.

É a partir daqui que Habermas contribui para a discursividade de modo relevante, trazendo Hércules para a argumentação desenvolvida procedimentalmente, de onde deve sair um discurso racional a partir do entrave dos discursos litigiosos contrários das partes. Habermas está ciente que:

(...) nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um

<sup>100</sup> Que, nas palavras de Habermas, “pressupõem que um juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica” (HABERMAS, 1997-I, p. 277).

<sup>101</sup> “*What is lacking is dialogue. Hercules ... is a loner. He is much too heroic. His narrative construction are monologous. He converses with no one, except through books (...)*” (*idem*).

caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas.

(HABERMAS, 1997-I p. 284)

Habermas entende que a realidade do caso concreto é sempre mais complexa (e, portanto, deixa de ser ponderada) em discursos substantivos dogmáticos, retilineamente redigidos para a solução do caso difícil. Por isso distingue os discursos de justificação, típicos da validação do processo legiferante (quando a proposta de lei deve ser justificada abstrata e universalmente como a possibilidade do assentimento de todos<sup>102</sup>), dos discursos de aplicação, que dependem de uma reconstrução impregnada de versões sobre os fatos trazidos, já contaminadas por interpretações subjetivas normativas de valor e manejadas instrumentalmente.

A correção do provimento jurisdicional depende da qualidade do procedimento judicial, o qual deve ser capaz de “descontaminar” as versões apresentadas em contraditório, ou seja, as versões apresentadas pelo agir instrumental/estratégico, permitindo que o juiz possa justificar uma decisão de modo equidistante das partes, pressupondo, contrafaticamente, que sua fundamentação (discurso de aplicação) possa ser recebida por quem não tem sua pretensão acolhida, como decisão racionalmente aceitável em face da situação do processo e da legislação racionalmente interpretada. Nesse sentido, de um agir processual comunicativo, as partes devem reconhecer a força do melhor argumento:

---

<sup>102</sup> Cf. Habermas, 1997-I, Capítulo 3 e 4: “Quem participa de argumentações morais tem que partir da ideia do preenchimento suficiente dos pressupostos pragmáticos necessários para uma prática de entendimento pública, acessível a todos e livre de coerção interna e externa, os quais admitem apenas a força racionalmente motivadora do melhor argumento. A improbabilidade da existência real dessa forma comunicativa impõe a realização advocatícia dos discursos de fundamentação moral. Isso, porém, não significa um alívio para a composição e o caráter das corporações que instauram discursos de fundamentação representativos. Pois, neles, a representatividade significa que a escolha dos deputados abre espaço para um espectro amplo de possíveis perspectivas de interpretação, introduzindo a autocompreensão de grupos marginais que têm suas próprias cosmovisões. Nas discussões morais, ao contrário das ético-políticas, o círculo dos possíveis atingidos não se limita aos membros da própria coletividade. O ponto de vista moral, sob o qual políticas e leis são submetidas a um delicado teste de generalização, exige uma abertura incondicional das deliberações institucionalizadas para o fluxo de informações, para a pressão dos problemas e o potencial de estímulo da opinião pública não organizada. Ao mesmo tempo, o ponto de vista moral transcende as fronteiras de qualquer comunidade jurídica concreta, introduzindo uma distância em relação ao etnocentrismo da vizinhança mais próxima” (p. 228).

A única “coerção” permitida é a obrigação da busca cooperativa da verdade. (...) Quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração.

Nesse sentido, ao atribuir a correção dos provimentos para a forma como se desenvolve o processo, Habermas reconhece que não é só o procedimento formalmente estabelecido em contraditório, assegurando a igualdade de armas entre as partes (um “procedimentalismo puro”), que se agrega legitimidade ao provimento jurisdicional. Torna-se fundamental a “ética do discurso processual”, pois a força do melhor argumento não pode ser ignorada. Os argumentos manejados devem ser enfrentados pelo juízo a fim de assegurar uma *legitimidade substancial* do procedimento:

No discurso racional, nós supomos condições comunicativas as quais: previnem uma quebra não motivada da argumentação; garantem a liberdade da escolha de temas e a inclusão das melhores informações e argumentos, através do acesso universal à argumentação e da participação simétrica nela, com igualdade de chances; neutralizam qualquer coerção que possa influir sobre o processo de entendimento a partir de fora ou que decorra desse mesmo entendimento.

(HABERMAS, 1997-I, p. 286)

O processo argumentativo deixa, assim, de ser aquele puramente abstrato-dogmático, ou de subsunção do caso à regra, para “manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito” (HABERMAS, 1997-I, p. 287).

Para Habermas, o risco de decisões equivocadas é inerente à jurisdição, sobretudo num contexto onde “o direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências

comunicativas não circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação". (HABERMAS, 1997-I, p. 292). Por isso, o alemão admite que:

Do mesmo modo que os processos democráticos no âmbito da legislação, assim também as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximativamente.

(idem, *ibidem*)

Das conclusões de Habermas, pode-se eventualmente imaginar que a discricionariedade restaria ainda mais admitida e a segurança jurídica ainda mais prejudicada que no positivismo de Kelsen ou no "substancialismo" de Dworkin, uma vez que Habermas admite que as argumentações jurídicas devem estar abertas a discursos não circunscritos, abrindo-se a argumentos pragmáticos, éticos e morais. Não é o que ocorre. Habermas trata da situação de forma semelhante a Dworkin e aos neoconstitucionalistas, à luz de um paradigma jurídico que sintetiza a pragmática do caso concreto e o sistema jurídico-normativo em sua complexidade normativa. No entanto, ele ressalta o processo e a discursividade a ele inerente tanto para o controle da discricionariedade do juiz, quanto para o aprimoramento racional dos provimentos no momento de concretização/aplicação de um princípio.

Habermas adverte que a ideia de uma jurisdição monológica, ancorada em paradigmas, tornar-se-ia perigosa pelo aumento das restrições do discurso, comprometendo a abertura e a intersubjetividade do processo de interpretação do Direito que deve acompanhar a atividade de concretização constitucional numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição:

Isso vale também, *mutatis mutandis*, para uma compreensão procedimentalista do direito, que conta antecipadamente com uma concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas. Por esta razão, é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos.

(HABERMAS, 1997-I, p. 278)

Assim como Dworkin, Habermas tem de lidar com uma dogmática jurídica analítica, formal e abstrata de classificações e conceituações semânticas para agregar correção às decisões judiciais<sup>103</sup>. Como visto no capítulo anterior, Habermas sabe que por séculos o Direito alemão, assim como o brasileiro, trabalhou um ordenamento jurídico de *regras* e uma teoria jurídica de subsunção e de discricionariedade judicial, administrativa e legislativa e que, sem valer-se do precedente como Direito vigente a ser respeitado, era, em verdade, uma teoria que dispensava a fundamentação das decisões judiciais ainda que formalmente fosse tratada como uma exigência legal que se cumpria com a remissão a um dispositivo qualquer. Essa prática mudou, mas continua problemática. A racionalidade formal característica da dogmática jurídica tradicional não é capaz de lidar apropriadamente com a complexidade inerente ao Direito conceituado como um sistema aberto de *princípios e regras*, onde aqueles detêm agora primazia sobre estes<sup>104</sup>.

O que se ressalta numa teoria discursiva da jurisdição são as condições processuais de desenvolvimento dos discursos, assegurando a igualdade de armas às partes e a equidistância delas em relação ao julgador, que deve decidir com imparcialidade ao enfrentar, sob a ética do discurso, os argumentos apresentados e aqueles que tangem a situação ainda que não

---

<sup>103</sup> “As divisões do direito baseiam-se na tradição, que parece favorecer o convencionalismo, e fornecem uma estratégia que um pragmático pode manipular para dizer suas nobres mentiras. O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem-sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar. Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização. Tenta encontrar uma explicação da prática de dividir o direito em ramos diversos que mostre essa prática em sua melhor luz. Os limites entre os diversos ramos e institutos geralmente correspondem à opinião pública (...)” (DWORKIN, 2003, p. 301)

<sup>104</sup> Observe Luís Roberto Barroso comentando sobre a prática jurisprudencial brasileira: “Provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes; passam pela chamada ‘motivação concisa’, autorizada pela jurisprudência das Cortes superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas. Não é o momento aqui de examinar cada um dessas questões. Ainda que se possam admitir *motivações concisas* em muitos casos, certamente isso não é possível quando se trate de decidir adotando a técnica da ponderação. Nessas hipótese, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la” (BARROSO, 2006, p. 364-365).

levantados pelos partícipes, sem deixar de reconhecer, finalmente, que o provimento é um precedente que normatiza casos semelhantes futuros, por imposição de que os casos iguais devem ser decididos da mesma forma (princípio da igualdade). O juiz Hércules, enquanto conceito normativo, ainda inspira a forma de decidir dos juizes por uma argumentação melhor para a solução do caso difícil. Hércules, entretanto, tem de se tornar também partícipe do processo judicial de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Uma jurisdição discursiva melhor administra a falibilidade dos provimentos. A “humanização” de Hércules trazida para o processo torna a jurisdição menos perigosa a erros e desvios, legitimando inclusive a falibilidade a que está submetido todo empreendimento desse tipo.

É na fórmula procedimental e normativa da “ética do discurso processual” (respeito pelo melhor argumento) que Habermas procura evitar a imposição de valores que possa vir irrefletidamente, evitando-se um fundamentalismo paradigmático ou étnico. Michel Rosenfeld sintetiza o papel do procedimentalismo nos seguintes termos:

*In sum, comprehensive pluralism is a dynamic system that depends on the concurrent work of a thrust and counterthrust which is propelled by the permanent tension generated by the friction between its negative and positive work. In such a setting, proceduralism has an important negative role to play – it can be vital in pluralism’s struggle against the permanent entrenchment of any particular set of first order norms that is encompasses.*

(ROSENFELD, 1998, p. 112)

A razão plural tensionada pelo procedimento participativo é uma confirmação e um mecanismo de desnaturalização da tradição e das pré-compreensões sociais, no sentido de que o pluralismo latente das sociedades atuais torna-se a fonte motriz de uma racionalidade não mais imanente e universal, acessada pela razão solipsista do sujeito, mas agora reconhecidamente intersubjetiva, compartilhada ou apresentada à crítica social na esfera pública.

A afirmação de que o pluralismo é incompatível com um grupo de normas jurídicas que tenha primazia deve ser entendida no sentido de que

mesmo os princípios mais consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, não dispensam um processo de argumentação que leve em conta o procedimento e a ética do discurso na análise de um caso difícil, sob pena de deixarmos valores subjetivos e preferências pessoais encobertas<sup>105</sup>.

Noutras palavras, é preciso justificar a decisão a partir do caso concreto e, transcendendo a ele, referir-se a um paradigma jurídico capaz de lhe oferecer coerência e correção normativa. Sem essa referência, buscada por Dworkin e Habermas, não há como aplicar o direito legitimamente aos casos difíceis sem “criar direito novo” (discricionariamente).

Dos entrechoques e da tensão argumentativa das diferentes visões de mundo é que se compreende de forma mais lúcida e adequada o Direito a regular o caso concreto, trabalhando melhor os riscos e legitimando o processo de concretização hermenêutico. Trata-se de decisões contingentes legitimamente produzidas, não imunes à incorreção, à irracionalidade, à incoerência, mas que, no pior das hipóteses, poderá ser reconhecido como um equívoco legitimamente conformado. Em suma, a legitimidade, ou a racionalidade, da decisão não está tanto na fórmula de ponderação/princípio da proporcionalidade, abstratamente concebida, mas na ética do discurso, aplicada na pragmática dos discursos de argumentação conduzidos procedimentalmente e discursivamente. Noutras palavras, a racionalidade – sempre contingente, sob esse ponto de vista – é legitimamente aferida se produzida argumentativamente à luz da ética do discurso. Ele tampouco é uma ideia formal ou meramente procedimental, mas remete, *da mesma forma que faz Dworkin*, a uma tradição jurídica concreta que lhe dá sentido.

É da tensão entre o “tradicional” e o “não tradicional” que a Teoria da Constituição pode melhor se posicionar enquanto uma teoria discursiva,

---

<sup>105</sup> “O fenômeno [da indeterminabilidade do Direito] se repete com maior intensidade quando se trata de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seu próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel” (BARROSO, 2011, p. 381).



reflexiva, aberta, socialmente adequada, inclusiva e integrativa. É constatando que o Direito precisa regular uma sociedade complexa, composta por sistemas sociais que operam segundo a linguagem que lhe é própria (a política visando ao poder, o sistema econômico visando ao dinheiro) que se passa a uma complementação da teoria da jurisdicional sob o aspecto da racionalidade intersistêmica do provimento jurisdicional. A ideia de justiça como igualdade complexa (NEVES, 2001) deve permitir agregar a esse arcabouço teórico uma visão ampliada, aumentando a *capacidade institucional* de prognose dos *efeitos sistêmicos* das decisões do Poder Judiciário<sup>106</sup>.

## 2.2 Justiça como igualdade complexa

Por vezes, os discursos de fundamentação judiciais restringem-se a discursos apenas normativos internos ao Direito, numa ponderação estreita decorrente da perspectiva de solucionar aquele único caso concreto sobre a qual se debruça. Os discursos de aplicação, no entanto, não dispensam o conhecimento da realidade social que está a regular como fator de adequação da decisão judicial e muito menos os efeitos sistêmicos que uma determinada decisão pode causar.

Se, por um lado, a igualdade e a liberdade expressam os princípios basilares que informam o contexto do constitucionalismo moderno, em releituras paradigmáticas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, de onde se extraem balizas para uma Filosofia Política e uma Teoria do Direito que venham a lhe servir de “horizonte científico” (e teórico) ao discurso especializado de fundamentação (aplicação) da “justiça constitucional” (perspectiva normativa interna), por outro, não se pode esquecer que a

---

<sup>106</sup> “Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos, imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público” (BARROSO, 2011, p. 369).

racionalidade do provimento jurisdicional depende de fatores os mais variados, relacionados ao caso concreto e ao contexto social, com os quais precisam ser colmatados nos discursos argumentativos, a fim de mostrarem-se racionais também sob a perspectiva externa ao sistema jurídico, ou seja, a partir da perspectiva do mundo da vida e dos demais sistemas sociais que o Direito regula.

Nesse sentido é que se diz que o paradigma jurídico que vem em apoio aos discursos de aplicação deve valer-se de uma Teoria Política e Social do Direito que lhe sirva de imagem interna (paradigmática) do meio exterior<sup>107</sup>, para que se torne capaz de lidar com os imperativos sistêmicos, sobretudo da economia e da política. Nesse sentido, a imagem de uma Teoria Social adequada ao sistema jurídico e sua pretensão à onipresença inerente à natureza principiológica de sua matriz normativa vale-se da teoria dos sistemas como fonte de produção dessa imagem. Ao simplificar a complexidade social em sistemas autopoieticos abstratos que permanecem abertos e comunicativos uns com os outros e com o mundo da vida<sup>108</sup>, amplia-se o horizonte de compreensão e aplicação do intérprete. A ideia de sistema permite o acesso à racionalidade da economia e do poder (política e governo/administração) e apresenta quais os limites materiais do Direito em face das possibilidades de solução efetivas para o caso e para a eficácia da Constituição.

A diferenciação social da sociedade pode ser vista também internamente no Direito, quando se tem o Direito Empresarial, traduzindo a

---

<sup>107</sup> Daí a afirmação de que “um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhe são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um “modelo social do direito” (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo” (HABERMAS, 1997-I, p. 241-242).

<sup>108</sup> “O mundo da vida constitui o horizonte de uma práxis do entendimento mútuo, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a bom termo com seus problemas cotidianos. Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa. A cultura articula-se segundo os aspectos de validade das questões sobre verdade, justiça e gosto – nas esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. As instituições básicas da sociedade (como a família, a Igreja, e a ordem jurídica) geraram sistemas funcionais que (como a economia moderna e a administração do Estado) desenvolvem uma vida própria por meios de comunicação próprios (dinheiro e poder administrativo). As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de socialização que equipam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo” (HABERMAS, 2004, p. 320).

linguagem econômica para dentro do sistema jurídico, melhorando a eficiência do mercado, quando confere ao contrato o caráter de título executivo, incrementando a falência como instrumento de preservação de unidades geradoras de riqueza e emprego (preservação de capital organizado), criando a ficção da pessoa jurídica a facilitar a gestão do capital de diferentes pessoas, conferindo-lhes tratamento tributário diverso a fim de tornar o setor produtivo mais competitivo no cenário de uma economia globalizada. Ao contribuir com a economia, o sistema jurídico não pode deixar de fazer valer, por sua vez, os direitos fundamentais, internalizando o conceito de função social da propriedade, o usucapião, a reforma agrária, os direitos dos consumidores, o dirigismo contratual<sup>109</sup>.

O Direito, nesse contexto, surge como sistema de integração social, compensando a desintegração causada pelo mercado, que tende a gerar uma desigualdade factual destrutiva para os bens jurídicos historicamente reconhecidos e positivados como direitos fundamentais. Ou seja, sob o olhar da Teoria Social, o Direito vem compensar as falhas de integração social geradas pelos demais sistemas<sup>110</sup>. Na medida em que esses sistemas

---

<sup>109</sup> “(...) as normas constitucionais referem-se às diversas esferas de comunicação em que se diferencia a sociedade, reconhecendo-lhe e assegurando-lhes juridicamente, no Estado democrático de direito, a sua autonomia. Os próprios direitos fundamentais podem ser vistos com uma resposta jurídico-constitucional à diferenciação da sociedade em diversos sistemas autônomos de comunicação. O direito reage à autonomia dos sistemas sociais mediante o ‘reingresso (*re-entry*) de seus códigos – diferença (ter/não ter, verdade/falsidade, transcendente/imanente, etc.) e critério no próprio direito, que passam, dessa maneira, por uma comutação discursiva de acordo com a linguagem jurídica. Assim sendo, a Constituição estabelecesse os direitos fundamentais de propriedade, de liberdade contratual, de liberdade de escolha de trabalho, reagindo, desse modo, às exigências de um sistema econômico autônomo, como também prescreve a liberdade científica, religiosa e artística, a liberdade de ensinar e aprender, o acesso à educação, a proteção à família e a eleição democrática e responde, dessa forma, às exigências de desenvolvimento autônomo, respectivamente, da ciência, da religião, da arte, da educação, da família e da política. Isso significa que (...) o direito não deve impor seus critérios indiferenciadamente a qualquer uma dessas esferas, desconhecendo-lhes as especificidades e, pois, ofendendo-lhes ou destruindo-lhes as autonomias (NEVES, 2001, p. 350).

<sup>110</sup> “Do ponto de vista de uma teoria da sociedade, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado através de constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social. Ele funciona como uma espécie de correia de transmissão que transporta, de forma abstrata, porém impositiva, as estruturas de reconhecimento recíproco existentes entre conhecidos e em contextos concretos do agir comunicativo, para o nível das interações anônimas entre estranhos, mediadas pelo sistema. Ao passo que a solidariedade – que é a terceira fonte de integração social, ao lado do poder administrativo e do dinheiro – surge indiretamente do direito, pois ele garante, através da estabilização de expectativas de comportamento, relações simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares abstratos de direitos subjetivos” (HABERMAS, 1997-II, p. 308-309).

provocam desintegração, concretiza-se por meio do Direito a ideia de igualdade reconstruída juridicamente<sup>111</sup>, justificando de forma racional a regulação contra a lógica pura da economia, por exemplo.

Aqui surge um ponto sensível. Entre a aplicação do princípio da igualdade e a realidade sistêmica, é preciso preservar certa autonomia da economia: "Além de juridicamente consistente, o tratamento igual/desigual, no Estado democrático de direito, tem de ser adequado às exigências específicas das diversas esferas sistêmicas e discursivas da sociedade." (NEVES, 2001, p. 350). Neves dá o seguinte exemplo a ilustrar didaticamente a ideia de igualdade complexa, que leva ao conflito não raro entre o princípio jurídico da igualdade e a lógica do sistema que regula:

Se um conflito econômico, por exemplo, converte-se num conflito jurídico, exigindo um tratamento justo, não é suficiente que o direito recorra a exigências da eficiência econômica, definida primariamente de acordo com o código ter/não ter. Porque o conflito converteu-se num caso jurídico, exigindo tratamento justo, o princípio econômico da eficiência deve ceder, então, aos critérios jurídicos do tratamento igual/desigual. Assim é que um pequeno empresário, economicamente ineficiente, mesmo falido, pode ter direito e pretensão jurídica a sair vitorioso num processo judicial contra uma grande organização multinacional, economicamente supereficiente. Mas, em sua decisão, o órgão competente, se se baseia no princípio da justiça como igualdade complexa, não pode atuar destrutivamente em relação ao próprio princípio da eficiência econômica. A igualdade jurídica, embora entre em constante conflito com a eficiência do sistema econômico, devendo combatê-la quando esta expande-se destrutivamente contra os direitos, tem de ser sensível à lógica econômica e enfrentá-la construtivamente para se tornar uma igualdade complexa. Isso significa que o tratamento igual/desigual em relação a um caso originariamente econômico, para ser justo, ou seja, para corresponder ao princípio da igualdade complexa, precisa ser juridicamente consistente e economicamente adequado.

(NEVES, 2001, p. 345-346)

---

<sup>111</sup> "Embora pressuposto que o princípio da igualdade não tem a pretensão de estabelecer uma igualdade de fato na sociedade, muito menos a homogeneidade social, pressupondo, ao contrário, a desigualdade fática e a heterogeneidade de valores e interesses, ainda assim surgem dificuldades em sua delimitação semântica. (...) Não nos restringiremos aqui, sem considerar as diferenças de contextos históricos, a retomar a formulação aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É inegável, porém, que a formulação clássica do princípio da igualdade é passível de uma releitura ou reconstrução que o torne compatível com as exigências da sociedade contemporânea" (NEVES, 2001, p. 335).

Partindo dessas ilustrações, fica fácil enxergar que a igualdade complexa deve fazer jus a um só tempo a prescrições normativas internas ao Direito e à adequação externa dessa decisão aos imperativos sistêmicos do setor afetado, no sentido de procurar equalizar a igualdade jurídica à autonomia do sistema. Trata-se de agregar racionalidade sistêmica à decisão para evitar que o Direito atue destrutivamente, prejudicando a integração social. Assim, Neves define, na esteira de Teubner, que:

A justiça como igualdade complexa pressupõe e exige, antes de tudo, que os códigos e programas de uma esfera de comunicação [de um sistema] não se imponham, *diretamente*, a outra esfera de comunicação. Por exemplo, é imperativo de justiça em uma sociedade complexa que “o ponto central da racionalidade interna de um setor social autônomo, como pesquisa, saúde ou educação, não deve ser substituído pela racionalidade econômica” (Teubner...)

(NEVES, 2001, p. 344) (original sem destaque)

A justiça como igualdade complexa aparece em sua outra faceta. Demanda-se a aplicação do Direito de tal forma que a legislação e o provimento judicial permitam tanto a inclusão das pessoas no sistema jurídico quanto nos demais sistemas autônomos. Nesse sentido, não se confunde com a ideia de promover simplesmente uma igualdade de fato, de distribuição de recursos e riquezas, ou apenas de conferir um tratamento diferente aos diferentes. A justiça como igualdade complexa pressupõe a desigualdade<sup>112</sup>. A igualdade na esfera pública deve ser entendida como igualdade de tratamento jurídico na diferença, com pretensão de universalidade, de que todos tenham acesso aos diversos procedimentos e *também* aos demais sistemas sociais autônomos, o que não implica, de forma estrita, uma ideia de justiça material: “O princípio [justiça como igualdade] refere-se antes ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou o acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos.” (NEVES, 2001, p. 334). Nesse sentido, o “tema do debate é, em primeiro lugar, a integração igualitária dos homens (como

<sup>112</sup> “Seria absurdo e profundamente injusto, na sociedade global supercomplexa de hoje, pretender, em nome do princípio jurídico da isonomia, proibir toda e qualquer desigualdade econômica, impedir a desigualdade de conhecimento científico, as diferenças, as desigualdades ou a falta de fé religiosa e de aptidão artística, a desigualdade na capacidade de ensinar e de aprender, negar a assimetria de poder entre minoria e maioria parlamentar, entre governo e oposição, assim como pretender abolir o pátrio poder, desconhecendo a diferença entre pais e filhos” (NEVES, 2001, p. 351).

peças) ao ordenamento jurídico; só secundariamente, o tratamento igual de casos e situação jurídicas” (*idem*, p. 336). E acrescenta Neves:

Com isso, não deve, porém, olvidar-se que a autonomia das diversas esferas de comunicação implica o acesso universal a elas. A justiça como igualdade complexa é, por conseguinte, também incompatível com a “exclusão” de pessoas e grupos da economia, da educação, da política e de qualquer outro sistema social. Ela importa uma releitura da exigência de “inclusão social” como “inclusão jurídica”, em termos de direitos fundamentais de acesso às diversas esferas diferenciadas e autônomas de comunicação.

(NEVES, 2001, p. 351)

Assim, a justiça como igualdade complexa pressupõe um contexto social descentralizado culturalmente e factualmente desigual em termos de distribuição de poder e riqueza, por exemplo, como implicação decorrente da própria ideia normativa de que os desiguais devem ser tratados desigualmente. O consenso que permeia a esfera pública recai primeiramente sobre o procedimento<sup>113</sup>, o igual acesso das minorias aos processos constitucionais de modo que as diferenças não sejam discriminadas processualmente na aplicação do Direito ou imunizadas comunicativamente a partir de um tratamento jurídico instrumental e desigual que anule suas possibilidades de livre comunicação das diferenças<sup>114</sup>. Nesse sentido:

A prevalência dos valores de determinado grupo em um determinado procedimento (eleitoral, legislativo, administrativo ou jurisdicional) do Estado democrático de direito justifica-se apenas enquanto é relativa, ou seja, desde que os procedimentos permanecem abertos aos valores de outros grupos, que poderão prevalecer em outra eventualidade procedimental.

(NEVES, 2001, p. 342)

---

<sup>113</sup> “O que se impõe (dever-ser) para a manutenção de uma esfera pública pluralista é o consenso em torno dos procedimentos constitucionais. Assim sendo, a observância desses procedimentos não só legitima o resultado procedimental no interior dos sistemas jurídico e político, reestruturando expectativas (Luhmann...), mas também legitima o sistema constitucional como um todo na perspectiva externa da esfera pública, independentemente do resultado eventual do procedimento, ou seja, o Estado democrático de direito legitima-se enquanto os seus procedimentos absorvem sistemicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico-político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar consenso procedimental e dissenso contencioso e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade” (NEVES, 2001, p. 352-353).

<sup>114</sup> “(...) é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a ideia de que as diferenças sejam recíprocas e simetricamente respeitadas. Isso exige que os procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico igualitário” (NEVES, 2001, p. 336).

É da provisoriedade de certezas absolutas das escolhas públicas ou dos provimentos judiciais concretizadores da Constituição, permanentemente abertos à pluralidade de valores, que decorre o conceito de *contingência*, atrelada à ideia de complexidade<sup>115</sup>. Complexidade, para a Teoria Social, refere-se às inúmeras possibilidades válidas que não podem ser realizadas ao mesmo tempo, o que leva à assunção de riscos nas tomadas de decisões. Dada a impossibilidade de realização de todas as alternativas, a teoria admite ter de decidir provisoriamente, cujos discursos passam a depender da capacidade argumentativa de convencimento ao manejar o discurso de igualdade e da diferença que movem os processos estatais. Aqui surge um limite. Não é todo discurso que pode servir-se desse processo aberto e contingente. A pluralidade de visões de mundo encontra limite na aceitação das próprias condições que asseguram o processo discursivo.

O limite do pluralismo está na aceitação da ideia de coexistência das diferenças. Comunidades de valores tendencialmente intolerantes aos processos jurídicos plurais não são admitidas em face do próprio princípio da igualdade, o qual institucionaliza os processos constitucionais estruturados para possibilitar a igualdade comunicativa das diferenças:

Relativiza-se, dessa maneira, o reconhecimento da diferença: eis que valores éticos e identidades étnicas que rejeitam ou negam a heterogeneidade cultural da sociedade e, pois, excluem outras etnias e culturas são incompatíveis com o universalismo da justiça e da cidadania e, conseqüentemente, devem sofrer restrições da ordem jurídico-política.

(NEVES, 2001, p. 343)

Considerando que a prescrição normativa da igualdade consigna um tratamento procedimental igual até o limite da intolerância, a ideia de Estado

---

<sup>115</sup> “Nessa acepção, afirma-se que a sociedade mundial (moderna) é supercomplexa porque as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação concreta. A complexidade implica, por sua vez, em contingência. Esta significa que, entre as diversas possibilidades, pode atualizar-se uma que não era esperada, importando ‘perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos (Luhmann...)’” (NEVES, 2001, p. 332).

Democrático de Direito começa a fazer sentido enquanto uma teoria social<sup>116</sup>. No entanto, a racionalidade jurídica precisa conhecer os sistemas sociais para se reconstruir internamente, de modo a garantir a autonomia dos demais sistemas autônomos (educação, ciência, política), procurando adequar igualdade jurídica de acesso a tratamento processual igualitário do Direito e igualdade normativa sob o código igual/desigual em face da específica autonomia e do discurso próprio de cada sistema. Essa racionalidade *externa* ao sistema jurídico é imprescindível para um Direito eficaz e efetivo. Caso contrário, pode-se produzir precisamente o que a Constituição não quer – desigualdade, pobreza, discriminação, deseducação. A integração social por meio do Direito será prejudicada quando essa complexa relação de aplicação não for observada<sup>117</sup>.

Em suma, as decisões judiciais racionais são aquelas aceitáveis tanto sob a perspectiva interna ao Direito, quanto sob a externa: “O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção” (Habermas, 1997-I, p. 247).

Pretende-se doravante demonstrar essa necessidade de se proceder a uma fundamentação da decisão que evidencie a racionalidade do ponto de vista externo ao Direito, enquanto aplicação da ideia de justiça como igualdade complexa, tratando da questão da sub e sobreintegração na

---

<sup>116</sup> “O modelo jurídico-político que se tem apresentado mais satisfatório para a promoção da justiça como igualdade na sociedade global complexa de hoje é o Estado democrático de direito” (NEVES, 2001, p. 348).

<sup>117</sup> “(...) quando conflitos científicos, estéticos educacionais, religiosos, políticos e familiares convertem-se em conflito jurídico, expondo-se ao tratamento igual/desigual, os critérios das respectivas esferas de comunicação não devem se impor imediatamente no âmbito do direito, ofendendo a consistência jurídica do tratamento igual/desigual. Uma releitura jurídica dos critérios do sistema ao qual o conflito pertence originariamente é imprescindível. Isto é, o tratamento igual/desigual complexamente consistente exige o ‘reingresso’ (*re-entry*) desses critérios no direito. Mas, na perspectiva dos contextos autônomos, o tratamento igual/desigual deve ser sensível às especificidades do respectivo setor de comunicação, ou seja, conforme o caso, científica, artística, educacional, religiosa, política ou familiarmente sensível. Exclui-se, assim, um formalismo jurídico insensível à autonomia do contexto. Se o direito atua destrutivamente em relação à autonomia da ciência, da arte, da educação, da religião, da política, da família, etc., impedindo-lhes que possam se reproduzir de acordo com os seus próprios códigos e critérios, torna-se, então, incapaz de (...) proceder a um tratamento igual/desigual que se adeque a cada um desses sistemas sociais e, pois, à complexidade sistêmica e à heterogeneidade discursiva da sociedade” (NEVES, 2001, p. 348).



aplicação/reprodução do Direito nas sociedades periféricas. Em seguida, faremos o estudo de caso relativo ao cancelamento da Súmula 394, do STF.

### 2.3 A jurisdição entre subintegração e sobreintegração

Viu-se como o ajuste operado por Habermas no processo de concretização das mensagens constitucionais pode melhor ser administrado a partir da discursividade provocada pelo próprio processo judicial. Assim, surge um modelo que melhor administra a discricionariedade assumida do positivismo jurídico, assim como o paternalismo e o subjetivismo judicial. Com a ideia de justiça como igualdade complexa, reforçaram-se os pressupostos da teoria da argumentação jurídica de aplicação da Constituição, por não poderem estar alheios à autonomia dos diferentes sistemas sociais, devendo antes equacionar os discursos normativos com a autonomia dos demais sistemas, sob pena de tornar ineficaz a Constituição, prejudicando a integração social dependente do Direito e a própria integração gerada pelos sistemas circundantes que tem de regular.

Os conceitos de sub e sobreintegração vêm agora no sentido de contribuir com a racionalidade – e legitimidade – da jurisdição constitucional, como que em reforço à perspectiva anterior. Trata-se de verificar não o provimento juridicamente adequado em face da autonomia dos demais sistemas sociais, mas a autonomia do próprio sistema jurídico, enquanto sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto (LUHMANN, 1985)<sup>118</sup>. Nas palavras de Marcelo Neves:

O sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por estes. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas; ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.

(NEVES, 1994, p. 258)<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Cf. também LUHMANN, *A Constituição como aquisição evolutiva*.

<sup>119</sup> “A questão da autonomia do Direito vem sendo tratada de forma mais radical pela teoria sistêmica. Nessa perspectiva, a positividade é definida como ‘autodeterminidade’ do Direito, ou seja, autonomia operacional do sistema jurídico em relação às determinações do seu ‘meio ambiente’(Luhmann...)”

Ocorre que nas sociedades periféricas esse sistema de filtragem das demandas e dos imperativos sistêmicos termina prejudicada, anota Marcelo Neves, corrompendo a autorreprodução do discurso jurídico, fundamentado, sobretudo, nos direitos fundamentais e na aplicação universal e igualitária das normas jurídicas.

Noutras palavras, trata-se de questionar como as ideias de sub e sobreintegração podem contribuir para uma jurisprudência racionalmente inclusiva de uma cidadania historicamente negada pela reprodução heterônoma do sistema jurídico nas sociedades periféricas:

(...) definindo-se a cidadania como autonomia pública e privada [Habermas] ou como inclusão [Luhmann], ela pressupõe autonomia do sistema jurídico em relação ao poder concreto de indivíduos e organizações, ou seja, sua conquista e ampliação requer o desintrincamento do Direito, poder e saber (Lefort...) Isso não significa que o "campo" jurídico não seja condicionado por fatores econômicos e políticos, mas tão só que a cidadania é incompatível com ingerências bloqueantes e destrutivas de particularismos políticos e econômicos na reprodução do Direito. As influências políticas e econômicas no sistema jurídico subordinam-se aos critérios estabelecidos pelo próprio sistema jurídico. Isso implica a generalização incluyente de toda a população no Direito, significando tanto acesso aos seus benefícios e vantagens, quanto dependência em relação aos seus critérios. Ou seja, a cidadania pressupõe não apenas a igualdade de direitos, mas também a igualdade de deveres (Marshall...)

(NEVES, 1994, P. 259)

No sentido de pesquisar as disfunções da reprodução autopoietica do sistema jurídico a partir da perspectiva hermenêutica, percorre-se, agora, o caminho inverso do item anterior. Analisam-se os problemas de fechamento operacional do Direito na modernidade periférica ante as investidas dos

---

Reconstrói-se, então, o conceito de 'autopoiese', originário da teoria biológica (Maturana e Varela...) e afirma-se que o Direito Positivo (moderno) se reproduz primariamente de acordo com os seus próprios critérios e códigos de preferência (lícito/ilícito) (Luhmann...). Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação do meio ambiente (*idem...*). O Direito é visto como 'um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto' (Luhmann...). Ao mesmo tempo em que o Direito Positivo fatorializaria a autorreferência por meio de conceitos, ele constituiria sua heterorreferência mediante a assimilação de interesses (*idem...*). (...) Nesse contexto, o sistema jurídico" (NEVES, 1994, p. 258).

imperativos sistêmicos – e não mais a racionalidade dos provimentos em face da lógica dos sistemas sociais circundantes.

Marcelo Neves (1994) afirma que o sistema jurídico não se fecha operativamente nas sociedades periféricas. Tal distorção na aplicação do Direito decorre ainda de uma visão de mundo pré-moderna, uma visão social hierárquica, impregnada em pré-compreensões de uma cultura tradicional, que reflete concretizações normativas incompatíveis com os valores da igualdade<sup>120</sup>.

De um lado, determinados grupos ou setores da sociedade têm acesso ao sistema jurídico de forma privilegiada, fato que permite a eles usufruírem de seus direitos mais quanto os benefícios que a ordem jurídica estabelece do que quanto aos deveres que ela impõe. A Constituição e os direitos fundamentais são vistos como oportunidades de se fazerem efetivados segundo a conveniência individual desses atores. No que a lei impõe deveres e sanções, essas mesmas pessoas terminam, por formas diversas, menos suscetíveis à mão pesada da lei. O Direito aqui não é aplicável de forma isonômica, pois o aparato estatal, seja pela interpretação distorcida, seja pela corrupção sistêmica, seja pela lógica do compadrio, deixa de fazer-se sentir.

Essa forma de se relacionar com o Direito e a Constituição é que permite identificar de forma geral uma classe de *sobreintegrados*. Eles têm acesso ao Direito no que lhes convém, no que lhes é positivo. Quanto aos deveres e ônus – quando os direitos fundamentais irrompem interesses e projetos de poder – o Direito não consegue fazer-se efetivo, seja pelas pré-compreensões culturais que distorcem a compreensão do texto legal, seja pela legislação truncada, seja por meio da vantagem ilícita.

---

<sup>120</sup> “Na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do ‘moralismo’ fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu topos específico. Isso nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da ‘modernidade central’. As relações entre os ‘campos’ de ação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com todas as suas consequências bem conhecidas entre nós. Portanto, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição mediante o surgimento de sistemas autônomos de ação, mas apenas negativamente, como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional” (NEVES, 1994, p. 264)

De outro lado, encontra-se a situação inversa: cidadãos que estão submetidos sistematicamente com os deveres impostos pelo Direito, sentindo o peso das obrigações legais, sem gozar das vantagens e benefícios que a ordem jurídica declara como direito de todos. É possível identificar grupos aliados dos benefícios que os direitos fundamentais lhes asseguram, como o direito à segurança, ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde. Os subintegrados estão integrados legalmente para serem destinatários precipuamente das normas que impõem deveres e ônus, não fazendo jus aos benefícios dos direitos subjetivos de que também em tese são titulares<sup>121</sup>.

Trata-se, é bom lembrar, de um conceito relativo. As pessoas em uma determinada situação encontram-se umas em relações às outras sub e sobreintegradas, segundo o contexto dado. Um traficante no morro é subintegrado socialmente pela falta sistemática de acesso aos direitos sociais básicos que teria direito desde a infância, como educação, moradia digna, lazer, cultura. Mas, em relação aos demais moradores do próprio morro, torna-se indivíduo sobreintegrado, pois não está submetido às leis penais que lhe proíbem de armar-se e estabelecer regras para a comunidade. O sujeito, nesse exemplo, passa mesmo a resolver os conflitos sociais pela completa ausência das instituições públicas, que se fazem sentir apenas eventualmente, nas incursões repressivas e eventuais do aparato policial. O trabalhador honesto, nesse caso, encontra-se duplamente subintegrado – tanto em relação ao

---

<sup>121</sup> “Do lado dos subintegrados, generalizam-se relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. (...) Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (...) Isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares ‘marginalizadas’ (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Mas no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal. A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do Direito. É verdade que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático – em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para a proteção da ‘ordem social’. Tendencialmente, porém, na medida em que a Constituição impõe limites à sua esfera de ação política e econômica, é posta de lado. Ela atua (...) como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles. Assim sendo, a garantia da impunidade é um dos traços mais marcantes da sobrecidadania” (NEVES, 1994, p. 261).

Estado quanto em relação ao poder da violência do crime organizado. Por sua vez, todos os habitantes ali podem ser considerados sobreintegrados quando a energia elétrica que alimenta as casas daquela localidade passa a ser fornecida por meio de um sistema clandestino de distribuição. A Constituição e o Direito aqui são sentidos apenas no seu aspecto repressivo ou obrigacional – quando a polícia “invade” ou quando se tem de pagar pelo serviço público.

Quando se fala de subintegração, quer-se dizer que um indivíduo ou grupo ou classe de pessoas estão prejudicados quanto à incidência assimétrica da lei. Sua exclusão é parcial apenas no que toca à falta de acesso aos direitos fundamentais. Essas pessoas não se encontram, pois, como cidadãos plenos do Estado Democrático de Direito. Cidadania significa, hoje, o acesso de toda a população de um Estado aos benefícios e deveres de uma ordem jurídica, o que inclui aqui o gozo pleno dos direitos fundamentais individuais e sociais (NEVES, 255-257).

Nesse contexto, a reprodução autônoma do sistema jurídico é bloqueada porque não consegue impor seu código constitucional/institucional (legal/ilegal) seja para inibir a sobreintegração de uns poucos, seja para garantir os direitos fundamentais mais elementares aos que constituem uma classe de subintegrados. Em ambas as situações, a Constituição não é vivenciada e deixa de servir de orientação normativa do agir dos cidadãos. Ela simplesmente perde seu caráter simbólico normativo enquanto regra de identidade política, seja porque os subintegrados nada se identificam com ela e dela não lhes resulta qualquer perspectiva de igualdade jurídica e material ou como instrumento de emancipação, seja porque os cidadãos sobreintegrados a enxergam apenas instrumentalmente, a ser utilizada segundo a conveniência de cada qual, liberando-se parcialmente das obrigações e dos ônus impostos a todos. A estes são assegurados, em geral, os benefícios dos direitos fundamentais, seja porque têm acesso à riqueza socialmente produzida e podem arcar com os serviços públicos de qualidade (educação, saúde, segurança), seja porque conseguem bloquear a incidência de normas jurídicas por meio do convencimento hermenêutico da

concretização da Constituição que lhes seja conveniente. Trata-se tanto de um problema premeditado (corrupção, compadrio) como espontâneo (valoração e compreensão dos fatos e das normas jurídicas a partir de uma cosmovisão pré-moderna).

Nesse sentido, a justiça como igualdade complexa, no que toca ao igual acesso dos cidadãos aos processos constitucionais e aos demais sistemas autônomos (educação, cultura, participação política ética, responsável e legalmente orientada), é, em regra, negada sistematicamente pelo tratamento assimétrico entre os mais abastados e os mais miseráveis – o que acontece também entre as próprias elites geralmente sobreintegradas, quando elas mesmas competem entre si, momento em que aqueles que têm mais acessos aos processos informais de obtenção de vantagem desigalam a disputa (NEVES, 1994, p. 262).

Todo esse conceito complexo apresentado de forma extremamente simplificado produz o fenômeno da desjuridificação do sistema jurídico:

(...) O agir e o vivenciar normativo do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica. Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos específicos.  
(NEVES, 1994, p. 262)

Ao tempo em que a Constituição perde normatividade, surge o uso instrumental e o abuso do Direito no horizonte de aplicação (não) imparcial das normas jurídicas<sup>122</sup>. Nesse contexto, que indica a instrumentalização do sistema jurídico e sua desjuridificação constitucional generalizada do vivenciar e do agir, a Constituição passa a servir de véu legitimador da ordem jurídica, contribuindo assim, com a manutenção do *status quo*.

---

<sup>122</sup> “A tendência é a instrumentalização política do Direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante os períodos autoritários, ou mediante o jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. Nesse contexto, a autonomia privada (“direitos humanos”) e a autonomia pública (“soberania popular”), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição” (NEVES, 1994, p. 265).

Trata-se de uma desestruturação sistêmico-social comprometedora do princípio do *rule of law* (Estado de Direito), cujo resultado final é a obstaculização da cidadania. A ausência de legalidade, ou a legalidade aparente e parcial, tem como efeito principal não só o abuso do texto legal, como a perda de nitidez da noção de legalidade. Isso sobrecarrega os “já” cidadãos, seja pela falta de adesão da população, que não encontra sentido num agir comunicativo que reproduz um sistema de solidariedade social implementado pelo Direito, seja pela ausência de um aparato estatal e jurídico que funcione imparcialmente para assegurar um espaço público livre das distorções dos interesses manejados pelos sistemas econômico e político<sup>123</sup>.

Ou seja, o próprio discurso construtivo da cidadania termina prejudicado e impedido de se reproduzir pela ausência da imposição simétrica do código legal/ilegal, ou seja, pela falta de acesso das pessoas aos processos constitucionais e legais e pela falta de acesso aos demais sistemas sociais que geram riqueza, poder, cultura, educação, saúde.

A própria hermenêutica jurídica padece, nesse contexto, de um pano de fundo de pré-compreensões não igualitárias, o qual distorce a compreensão do Direito, reproduzindo suas normas de forma assimétrica, gerando sempre mais complexidade e menos igualdade:

Em certa medida, o discurso simbólico da cidadania serve para encobrir o fato de que os problemas estruturais da subintegração e sobreintegração na sociedade, ou seja, as situações de subcidadania e sobrecidadania, estão indissociavelmente vinculados a posições e relações dos respectivos agentes políticos. Alibi simbólico do “discurso cidadão” transfere para um outro os obstáculos à cidadania e dificulta, de certa maneira, o desenvolvimento de uma autocrítica efetiva de indivíduos e grupos a respeito de suas posições nas relações de sobrecidadania e subcidadania. Nessa perspectiva, o *topos* simbólico e ideológico “cidadania” pode servir mais à manutenção do *status quo* do que à integração jurídica generalizada

---

<sup>123</sup> “No lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito (Neves...). Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto, econômico e político (...). O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutiva e heterodestrutivamente. (...) Se tal identidade [do sistema jurídico] pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica. (...) Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja por falta de institucionalização (consenso) ou de identificação do sentido das normas” (NEVES, 1994, p. 265-266).

e igualitária na sociedade, isto é, atuar contra a própria realização da cidadania.

(NEVES, 1994, p. 268).

O exercício pleno da cidadania termina, assim, obstaculizado pela inexistência dos direitos prometidos, sobrecarregando a atuação republicana de alguns poucos.

Para aperfeiçoar o sistema jurídico imune à atuação desestruturante dos sistemas do dinheiro e do poder, o primeiro passo seria caminhar na direção de efetivar uma "integração jurídica igualitária de toda a população na sociedade", com a concomitante superação de uma visão de mundo hierárquica, discussão essa que tem de ser introduzida no próprio Direito, tornado reflexivo e alerta contra essas heteronomias. Daí poder-se inferir que falta à modernidade periférica uma legalidade simetricamente reproduzida, a qual precisa ser instaurada e reconstruída contra as distorções culturais e sistêmicas a partir da própria crítica jurídica:

Portanto, a conquista e ampliação da cidadania, no caso brasileiro, passa pela construção de um espaço público da legalidade que, de um lado, promova a identidade do Estado perante os interesses privados e, de outro, possibilite a integração jurídica igualitária de toda a população na sociedade.

(NEVES, 1994, p. 268).

Há de se refletir o *ethos* das práticas e das formas de compreensão da sociedade, que remontam às peculiares da cultura nacional, que influenciam o compreender e o aplicar o Direito, conforme indica, por exemplo, Heith Rosenn, em *O jeito na cultura jurídica brasileira* (1998).

As reflexões sobre casos concretos podem levar a um paulatino aperfeiçoamento da cultura jurídica nacional, de modo a revelar o que se esconde por trás dessas pré-compreensões, seja por produzir uma desigualdade sistemicamente alimentada pelas ações dos indivíduos, seja pela irracionalidade da compreensão e das soluções jurídicas legislativas ou jurisprudenciais. Tal é a razão pela qual se faz no próximo item o estudo do cancelamento da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal.



Há de se pontuar, antes, que diferentes visões de mundo competem entre si. É possível vislumbrar, nesse contexto, uma ascensão de cosmovisões compatíveis com o princípio da igualdade na competição que travam pela hegemonia paradigmática com as outras visões tradicionais e hierarquizadas. Cabe continuar apontado (re)construtivamente os problemas e as soluções das visões distorcidas e das soluções inadequadas, visando a conferir ao Direito os traços necessários para a implementação efetiva da ideia de *rule of law*<sup>124</sup>.

#### **2.4 As ideias de subintegração e sobreintegração como princípios hermenêuticos**

Recuperou-se até aqui neste capítulo a forma como a teoria da jurisdição trabalha a racionalidade jurídica sob a perspectiva do pluralismo e a dificuldade de legitimar o processo de concretização de princípios no contexto de sociedades que congregam comunidades com valores diferentes, estruturadas e integradas que estão pelo mercado e pelo poder político-administrativo. Concluiu-se que a legitimidade da jurisdição constitucional, para melhor trabalhar os riscos do decisionismo, como colocado pelo neoconstitucionalismo em geral, deve respeitar e enfrentar os argumentos do espaço público jurídico-político e os discursos argumentativos formados a partir e além da situação processual apresentada formalmente no curso do processo (seja ele judicial, administrativo, legiferante, privado/associativo). Ao agregar *discursividade* ao processo de concretização judicial, viu-se que esses discursos precisam respeitar a linguagem dos diferentes sistemas sociais, sob pena de gerar a disfunção desses sistemas, prejudicando a geração de riqueza ou a competitividade e qualidade do processo político. Daí o resgate dos diagnósticos relativos à subintegração e à sobreintegração, sobretudo para ressaltar a perspectiva estrutural da sociedade, que deve informar o processo

---

<sup>124</sup> Interessante a perspectiva reconstrutiva (otimista) de Habermas ao justificar o empreendimento de pesquisa de *Direito e democracia* (1997-I, p. 13-14): “Não me iludo sobre os problemas e os estados de ânimo provocados por nossa situação. Todavia, estados de ânimo – e filosofias de estados de ânimo melancólicos – não conseguem justificar o abandono derrotista dos conteúdos radicais do Estado democrático de direito (...) Caso contrário, eu deveria escolher um outro gênero literário – talvez o do diário de um escritor helenista, preocupado apenas em documentar para a posteridade as promessas não cumpridas de sua cultura decadentes”.

hermenêutico de concretização judicial, de forma a estender o horizonte de aplicação do Direito às suas possíveis consequências, o que envolve pensar a capacidade institucional do Judiciário e os efeitos sistêmicos de suas decisões, provocados ainda por distorção operada por cosmovisões concorrentes tradicionais de uma sociedade ainda hierarquizada.

Pretende-se esboçar agora o reingresso (*re-entry*) no sistema jurídico da ideia de sub e sobreintegração como princípios hermenêuticos capazes de auxiliar os discursos de aplicação e concretização da Constituição, tanto para os casos concretos quanto para a jurisdição em abstrato. Para isso, esvazia-se a carga semântica de seus conceitos no que traz os problemas sociais da desigualdade social e da corrupção generalizada da análise jurídico-sociológica empreendida por Marcelo Neves, a partir de fora, mas como parâmetro jurídico-argumentativo de racionalização das decisões contra a disfuncionalidade da autonomia do sistema jurídico a partir de dentro, visando a subsidiar a concretização da Constituição quanto aos efeitos sistêmicos das suas decisões<sup>125</sup>.

Os dois conceitos funcionarão como parâmetros de verificação de razoabilidade, assim como fazemos com o princípio da proporcionalidade. A ênfase é que no caso dos princípios de integração social (sub e sobreintegração), enfatiza-se um consequencialismo do provimento jurisdicional a permitir, a partir da própria carga semântico-sociológica dos termos, uma análise mais estruturada e sistemática de determinados julgados do que se tem imprimido na aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade<sup>126</sup>.

Para analisar a possibilidade de uso dos conceitos de sub e sobreintegração, simplifica-se metodologicamente a situação de modo que se possam tomar alguns precedentes como consequência/resultados do

---

<sup>125</sup> Conferir, também quanto à verificação dos efeitos sistêmicos das decisões judiciais, Alvaro Luis de Araujo Ciarlini, *O direito à saúde entre os paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição* (2008).

<sup>126</sup> Em verdade, os critérios de sub e sobreintegração poderiam aderir como mais uma das etapas do princípio da proporcionalidade, ou inserir-se numa delas. Ocorre que não é meu objetivo fazer um estudo analítico do assunto, mas tentar demonstrar sua utilidade como critério racional a orientar a concretização dos princípios à luz de casos concretos.

cancelamento da Súmula 394. Trata-se de questão divergente no Supremo Tribunal Federal<sup>127</sup> e de relevância ímpar para a efetivação da Constituição e do processo democrático, uma vez que o referido cancelamento da súmula parece ter contribuído com a impunidade das altas autoridades da república.

Datada de 3/4/1964, enunciava a Súmula 394 do Supremo Tribunal que, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Até o ano de 1999 vigeu o entendimento de que a competência criminal do STF para julgar autoridades públicas com foro especial estendia-se quando este deixava o cargo, regra que valia também para inquéritos e ações penais iniciados após o exercício da função, desde que relacionados a ela. A Súmula, entretanto, foi cancelada pelo Tribunal ao apreciar a Questão de Ordem no Inquérito 687-4/SP, relator ministro Sydney Sanches, julgado em 25/8/1999 (DJ. 9/11/2001). Ao fundamentar a decisão, entendeu a maioria formada que a Constituição de 1988 não a havia recepcionado. Tais são os fundamentos que ficaram registrados na ementa do julgado:

Ementa: (...)

1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis nº 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segundo a qual, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns.

---

<sup>127</sup> Assim se manifestou o min. Gilmar Mendes ao apreciar caso de alteração de foro por renúncia ao mandato deputado um dia antes do julgamento na Ação Penal 396: “Presidente, essa questão faz resgate de todo o debate que levou à revogação da súmula que consagrava a *perpetuatio jurisdictionis* quando houvesse a perda do mandato. (...) Recentemente, no meu gabinete, se verificou uma situação idêntica [de renúncia ao cargo para evitar oitiva de testemunhas] (...) eu me filio, como já tive a oportunidade de ressaltar, à corrente mais radical, que é aquela que assegura, pelo menos no que diz respeito aos processos da competência do Tribunal afetos ao exercício das atividades dos crimes chamados assim ‘funcionais’, que eles sejam mantidos no âmbito do tribunal, a despeito de eventual cessação da investidura por qualquer razão” (p. 84-85, Acórdão).

Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, “b” e “c”).

Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.

Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce.

Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

(...)

Ademais, as prerrogativas de fato, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

É lugar comum que o foro especial conferido às altas autoridades da república justifica-se normativamente pela isenção e imparcialidade que a Constituição presume ter os tribunais, em tese menos sujeitos às influências típicas do poder ou de qualquer outro tipo de interferência<sup>128</sup>.

Vê-se que o foro especial e sua manutenção depois de deixado o cargo são tratados na ementa à luz do princípio da igualdade. Afirmou-se que a autoridade que não mais exerce o cargo, cidadão comum, pois, não deveria receber tratamento diferenciado dos demais cidadãos, sob pena de estender o que seria um “privilégio legal” em um privilégio estabelecido por via interpretativa<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Resgatando passagem de Victor Nunes Leal, o ministro Sepúlveda Pertence registra que não é a situação de se questionar a legitimidade do foro especial em si. A análise, assim como ora empreendo nesta pesquisa, é de adequá-lo às idiosincrasias da legislação e à realidade dos fatos. Nesse sentido, esclareceu o Ministro (p. 264, Acórdão): “Presume o legislador” – recorde-se o argumento de Victor Nunes (Recl 473, RTJ 22/47) – ‘que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral é garantia contra e a favor do acusado’”. Parto desse ponto, sem questionar a legitimidade do foro por prerrogativa de função.

<sup>129</sup> Ressaltou o ministro Carlos Veloso por ocasião do julgado em tela (p. 4 de seu voto): “Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função,

Parte-se da premissa de que o foro especial “visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce”. Assim, concluiu-se adequado e suficiente proteger a autoridade apenas enquanto estivesse exercendo a função.

Em suma, a justificação material sintetizada na ementa consiste em considerar ofensivo ao princípio da isonomia a extensão da competência do foro especial para quem deixa o cargo, seja porque não se estaria mais diante de detentor de cargo com foro especial, razão pela qual se perderia o interesse público que justificaria o tratamento desigual, pois ex-autoridade não enfrenta problemas ou consequências do exercício adequado do cargo, seja porque o ex-detentor do cargo, tornando-se cidadão comum, como tal deveria ser tratado, sob pena de instituir privilégio não previsto em lei – e privilégios não devem ser interpretados ampliativamente<sup>130</sup>.

Ao discurso normativo aplicado a partir do princípio da igualdade soma-se argumento de ordem prática, que a ementa do julgado omite: as ações com foro especial passaram a ser por demais numerosas quando se ampliou o foro especial para parlamentares e senadores a partir da Emenda Constitucional nº 1, de 1969<sup>131</sup>, o que foi reproduzido pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a demanda de trabalho, juntamente com o crescente número de outros casos e recursos, estaria comprometendo o trabalho da Corte. Em 1999, as ações originárias decorrentes de foro especial envolvendo

---

devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação, certo que a Súmula 394 amplia, consideravelmente, esse foro, quando não mais existente a sua razão, segundo os que o imaginaram, porque já não ocorrente o exercício do cargo, função ou mandato, pelo simples fato de que esse exercício já fora extinto. Registre-se, aliás, que essa interpretação ampliativa, constante da Súmula 394, foi realizada, bem salientou o Sr. Ministro Relator, quando eram raros os casos de competência do Supremo Tribunal por prerrogativa de função. Na época, os parlamentares, que constituem, hoje, extensa clientela do Supremo Tribunal Federal, eram julgados pelo juiz natural dos cidadãos, o juiz criminal de 1º grau. Convém anotar que desde a primeira Constituição republicana, a de 1891, até a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, promulgada esta última pela Junta Militar, os deputados e senadores eram julgados pelo juiz criminal de 1º grau. É dizer, o privilégio de foro concedido aos deputados e senadores o foi pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969”.

<sup>130</sup> A ideia de privilégio do foro especial consta na própria ementa acima transcrita, último parágrafo, trecho que corresponde o voto do rel. min. Sydney Sanches (p. 251, Acórdão).

<sup>131</sup> Previa o diploma: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República”.

ex-deputados, ex-parlamentares, ex-ministros e ex-presidentes constituíam “extensa clientela” da corte, para usar termo do Ministro Carlos Veloso<sup>132</sup>.

Tais são as razões que recomendariam, juntamente com as justificativas normativas, o cancelamento da súmula.

Outros elementos que tangenciam a questão são dignos de esclarecimento. Um deles consiste no fato de que a Constituição impedia até o ano de 2001 que fosse o deputado ou senador processado criminalmente sem a licença prévia da casa parlamentar a que pertencia<sup>133</sup>. Em regra, o inquérito era concluído, mas o recebimento da denúncia não era apreciado.

A isso se somava outro entendimento que criava situações impeditivas para a efetividade do provimento judicial. O cidadão que assumisse cargo com foro especial tinha estendida a competência do Supremo também para ações criminais já em curso não relacionadas ao exercício da função. Nessas situações, tratando-se de caso anterior à assunção do cargo, os processos remetidos ao tribunal competente eram suspensos. Quando se deixava o cargo por qualquer motivo, o processo obstado por falta de licença deveria então retornar à instância competente para ser processado<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> O rel. min. Sydney Sanches consigna e é acompanhado no seguinte argumento: “Além disso, quando a Súmula foi aprovada, eram raros os casos de exercício de prerrogativa de foro perante esta Corte. Mas os tempos são outros. Já não são tão raras as hipóteses de Inquéritos, Queixas ou Denúncias contra ex-Parlamentares, ex-Ministros de Estado e até ex-Presidente da República. (...) Não se trata, é verdade, de uma cogitação estritamente jurídica, mas de conteúdo político, relevante, porque concernente à própria subsistência da Corte (...). Objetar-se-á, ainda, que os processos envolvendo ex-titulares de cargos ou mandatos, com prerrogativa de foro perante esta Corte, não são, assim tão numerosos (...). Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos Relatores que atuem como verdadeiros Juizes de 1º grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula 394” (p. 252-253 do Acórdão).

<sup>133</sup> Prescrevia a Constituição: “Art. 53 - Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. § 1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.” (original sem destaque). Com a Emenda Constitucional nº 35/2001, foi suprimida a exigência de licença prévia: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”.

<sup>134</sup> Por exemplo, o precedente da lavra do Min. Sepúlveda Pertence ilustra o estado da arte descrito: “STF: COMPETÊNCIA PENAL ORIGINARIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: ADVENTO DA INVESTIDURA NO CURSO DO PROCESSO: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SUPERVENIENTE DA DENÚNCIA E DOS ATOS NELE ANTERIORMENTE PRATICADOS: REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. 1. A “PERPETUATIO JURISDICTIONIS”, EMBORA APLICÁVEL AO PROCESSO PENAL, NÃO É ABSOLUTA: ASSIM, “V.G.”, É INDISCUTÍVEL QUE A DIPLOMAÇÃO DO ACUSADO, ELEITO DEPUTADO FEDERAL, NO CURSO DO PROCESSO, EM QUE JÁ ADVIERA SENTENÇA CONDENATÓRIA PENDENTE DE APELAÇÃO, ACARRETOU A IMEDIATA CESSAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LOCAL E SEU DESLOCAMENTO PARA O SUPREMO TRIBUNAL. 2. DAÍ NÃO SE SEGUE,

A despeito de não registrado em ementa, essa decisão que cancela a Súmula 394 chama a atenção pelo peso efetivamente conferido à lógica da jurisprudência defensiva. Conforme vai restando claro ao longo dos debates, a Corte admite que não teria estrutura para conduzir inquéritos e ações criminais como juiz de primeira instância, sobretudo pelo contínuo aumento dos casos

135

O argumento que poderia justificar a decisão, que também decorre da pragmática da situação específica da persecução criminal de altas autoridades, no contexto jurídico-normativo da época (ano de 1999), é a de que o Supremo, pela necessidade de licença das Casas para processar parlamentares na seara criminal, deixava de julgar os congressistas quando estavam no exercício da função e passavam a julgá-los quando não mais exerciam o cargo. Ao iniciar então o julgamento de ex-autoridade com foro

---

CONTUDO, A DERROGAÇÃO DO PRINCÍPIO "TEMPUS REGIT ACTUM", DO QUAL RESULTA, NO CASO, QUE A VALIDADE DOS ATOS ANTECEDENTES A ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA INICIAL, POR FORÇA DA INTERCORRENTE DIPLOMAÇÃO DO RÉU, HÁ DE SER AFERIDA, SEGUNDO O ESTADO DE COISAS ANTERIOR AO FATO DETERMINANTE DO SEU DESLOCAMENTO. 3. NÃO RESISTEM A CRÍTICA OS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA EM CONTRÁRIO, QUE SE VINHA FIRMANDO NO STF: A) O ART. 567 C. PR. PEN. FAZ NULOS OS ATOS DECISÓRIOS DO JUIZ INCOMPETENTE, MAS NÃO EXPLICA A SUPOSTA EFICÁCIA "EX TUNC" DA INCOMPETÊNCIA SUPERVENIENTE A DECISÃO; B) A PRETENSA ILEGITIMIDADE SUPERVENIENTE DO AUTOR DA DENÚNCIA AFRONTA, ALÉM DO POSTULADO "TEMPUS REGIT ACTUM", O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. 4. ENQUANTO PRERROGATIVA DA FUNÇÃO DO CONGRESSISTA, O INÍCIO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL HÁ DE COINCIDIR COM O DIPLOMA, MAS NADA IMPÕE QUE SE EMPRESTE FORÇA RETROATIVA A ESSE FATO NOVO QUE O DETERMINA. 5. DESSE MODO, NO CASO, COMPETIRIA AO STF APENAS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO PENDENTE CONTRA A SENTENÇA CONDENATÓRIA, SE, PARA TANTO, A CÂMARA DOS DEPUTADOS CONCEDESSE A NECESSÁRIA LICENÇA. 6. A INTERCORRÊNCIA DA PERDA DO MANDATO DE CONGRESSISTA DO ACUSADO, PORÉM, FEZ CESSAR INTEGRALMENTE A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL, DADO QUE O FATO OBJETO DO PROCESSO E ANTERIOR A DIPLOMAÇÃO. 7. DEVOLVEU-SE, EM CONSEQUÊNCIA, AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDONIA A COMPETÊNCIA PARA JULGAR A APELAÇÃO PENDENTE, UMA VEZ QUE A DIPLOMAÇÃO DO RÉU NÃO AFETOU A VALIDADE DOS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS, DESDE A DENÚNCIA À SENTENÇA CONDENATÓRIA. (STF, Questão de Ordem no Inquérito 571/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 26/02/1992. Tribunal Pleno) (original sem destaque).

<sup>135</sup> Conferir os votos que formaram a maioria. A título de exemplo, transcrevo o seguinte trecho: “– Min. Moreira Alves: “(...) Nos meus vinte e quatro anos de exercício nesta Corte só me lembro do caso de um ex-Presidente da República. De ex-parlamentar não me recordo de nenhum. – Min. Sepúlveda Pertence: Recebimento de denúncia houve. – Min. Moreira Alves: Isso quando não era necessária a licença prévia [da casa parlamentar] para processar. – Min. Sepúlveda Pertence: Tanto que dos seis casos, quatro já são ações penais. – Min. Moreira Alves: E qual a razão disso? É que se tem de ficar esperando a extinção do mandato para que o Tribunal possa exercer essa jurisdição, independentemente de licença, ou, quando não se exigia licença, mas o Congresso podia determinar a suspensão do processo em andamento, se podia receber a denúncia e prosseguir, embora sempre com a possibilidade dessa suspensão que colocava a Corte sob suspeição por parte do mesmo Congresso. – Min. Sepúlveda Pertence: Que nunca exerceu esse poder... – Min. Moreira Alves: É que não houve casos para exercê-lo. – Min. Maurício Corrêa: A verdade é que a questão ficou mais viva e mais atual em face da pleora de processos que tem vindo para cá. – Min. Moreira Alves: É claro. – Min. Sepúlveda Pertence: Noventa e cinco por cento deles, de fato, não têm nada a ver com o exercício da função parlamentar. Como nós vimos nos casos em mesa, há até tiro em boi de fazenda do Acre. – Min. Moreira Alves: Sr. Presidente, por todas essas razões, mantenho meu voto inclusive quanto à extensão dele, por entender que a súmula deve ser revogada e não apenas restringida” (p. 288-290 do Acórdão).

especial, muitos casos pareciam não estar relacionados ao exercício da função. Ou seja, nem se julgavam as autoridades, nem se julgavam fatos relacionados ao exercício do cargo. Isso ocorria, entretanto, apenas nos casos envolvendo parlamentares.

Disso resultou imediatamente que outras autoridades (governadores, ministros de Estado, juízes e desembargadores) continuaram a gozar do foro especial e passaram a ter a oportunidade de, por exemplo, renunciarem ao cargo ou serem exonerados pelo chefe hierárquico para retardar o julgamento.

Logo a regra constitucional que exigia a licença da casa parlamentar do congressista para que o Supremo Tribunal pudesse conduzir o processo seria revogada. Assim, em dezembro de 2001, a persecução criminal contra parlamentares deixou de precisar da referida licença das casas parlamentares, o que os colocava na mais situação dos demais: a autoridade que deixasse o cargo, seja qual fosse a razão, não mais teria direito ao “privilégio” do foro especial.

Apreciando o julgado, nota-se rapidamente um problema de diagnósticos, cujas soluções dadas terminam agravando o problema. A primeira observação que se pode apontar deve ser contra o argumento do privilégio. O foro especial não pode ser considerado por si só um privilégio se suas autoridades são julgadas e condenadas segundo o devido processo legal<sup>136</sup>.

Ademais, está-se a tratar de regras constitucionais originárias, contra as quais não se pode infirmar sua validade judicialmente. Trata-se de norma constituinte originária, cuja jurisprudência firme não admite impugnação.

O foro especial parece ser, como assentou Victor Nunes Leal, “garantia contra e a favor do acusado”<sup>137</sup>. É contra e a favor porque a presumida independência dos tribunais levará a um julgamento

---

<sup>136</sup> Talvez o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (caso que ficou conhecido como Mensalão) seja a comprovação de que o Supremo Tribunal pode corretamente prestar o provimento jurisdicional de natureza criminal.

<sup>137</sup> Cf. voto de Victor Nunes Leal na Reclamação 473, rel. Victor Nunes, p. 25 e seq. (julgada em 1962) e o julgamento da Ação Penal 470.



presumidamente mais equidistante e imparcial, o que por si só é também uma desvantagem, pois o próprio acusado em tese também teria idêntica dificuldade de influenciar o julgamento. É ainda desvantagem pela redução das instâncias recursais em comparação com os quatro graus de um processo que se inicia no juiz singular.

Por outro lado, não se pode acolher o argumento de que os tribunais não conseguem instruir os processos. Há de se convir que um defeito não pode ser corrigido com outro. Deve-se supor, para a correta interpretação do princípio da igualdade, que os tribunais estão preparados para assumir as atribuições a eles conferidas (toda Constituição suporá que o seu Judiciário julgará em tempo razoável, por exemplo)<sup>138</sup>.

O cancelamento da súmula parece ter contribuído com a morosidade já instaurada ao permitir que o julgamento fosse retardado. Num primeiro momento, a dança dos processos entre os tribunais e entre estes e os juízes de primeira instância foi acentuada. Os casos são muitos e de notório conhecimento e nem sempre decorrem de ato doloso<sup>139</sup> (cf. infra).

Outra observação é devida. A prorrogação do foro especial certamente ajuda para a tranquilidade do exercício do cargo. Não se pode simplificar a complexa situação em que se insere o foro especial e o jogo político-partidário. Consignou o min. Sepúlveda Pertence, voto vencido na revogação da Súmula 394:

Não contesto que a prerrogativa de foro só se explica como proteção do exercício do cargo e não como privilégio do seu titular e, menos ainda, do seu ex-ocupante. Mas, *data venia*, é fugir do senso das realidades evidentes negar que, para a tranquilidade no exercício do cargo ou do mandato – se para essa tranquilidade contribui, como pressupõe a Constituição, a prerrogativa de foro – ao seu titular mais importa tê-lo assegurado para o julgamento futuro dos seus atos funcionais do que no curso da investidura, quando outras salvaguardas o protegem. (...) mais que apanágio do poder atual, a prerrogativa de foro serve a libertar o dignitário dos medos do ostracismo futuro.

---

<sup>138</sup> Os problemas estruturais do sistema processual devem ser resolvidos por meio de alteração na estrutura interna dos tribunais e na legislação, e não por meio da jurisprudência defensiva, que menospreza a efetividade do Direito, além de não resolver o problema da morosidade.

<sup>139</sup> Conferir Ação Penal 623, Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Laurita Vaz.

A tranquilidade e a segurança do presente para o exercício devido das funções dependem da qualidade do julgamento a ele assegurado no futuro. As condições para o exercício atual do cargo estão relacionadas com as condições de sua futura situação de se tornar uma ex-autoridade. Perseguições a autoridades podem envolver questões estritamente pessoais, assim como matérias *prima facie* privadas podem ganhar repercussões políticas fulminantes. O que se dirá então quando a matéria é política e relacionada ao exercício do cargo, com o qual uma eventual perseguição política pode começar tanto durante o exercício do cargo quanto depois dele. A extensão do foro por prerrogativa de função, nesse sentido, guarda pertinência com essa "tranquilidade".

Entende-se que qualquer investigação ou processo criminal envolvendo autoridade como foro especial está *ipso facto* inserido no contexto do foro especial, a demandar uma prestação jurisdicional célere, seja para que rapidamente se absolva ou condene o réu.

Autoridades com foro não dispõem necessariamente de meios e recursos excepcionais, padrinhos ou partidos que lhe sirvam de suporte contra eventuais abusos do direito de ação de seus adversários políticos. Permanecem, sobretudo quando deixam o cargo, suscetíveis à assimetria do poder político e econômico, que se antecipa para o exercício presente da função na forma de ameaça. As condições de exercício do cargo de alta hierarquia no presente são refletidas nas cautelas futuras que a Constituição assegura ao cidadão. Isso coloca o exercício do cargo em perspectiva.

Na decisão que se examina, evidencia-se a perspectiva da chamada jurisprudência defensiva, que leva a uma distorção das razões normativas que são apresentadas como fundamento da decisão. Há quem entenda ainda que o

cancelamento da Súmula se deve ao clamor popular que reclamava contra a impunidade generalizada<sup>140</sup>.

Seja como for, a decisão pressupõe uma situação de conformismo com a falta de estrutura do Supremo Tribunal à época e pela falta da assunção de responsabilidade, seja de fazê-lo funcionar, seja na propositura de mudanças constitucionais – sobretudo em se considerando o foro especial um “privilégio odioso”.

Os tribunais são atores relevantes que não podem se apresentar apenas pacificamente. Sobretudo no caso em tela, são as instituições incumbidas de fazer funcionar o sistema jurídico de persecução criminal de altas autoridades.

O cancelamento da súmula abre assim um leque de situações que permite ao acusado intencionalmente protelar o julgamento, além de fatores os mais diversos que postergam a prestação jurisdicional. A advertência do min. Sepúlveda Pertence faz-se novamente pertinente (p. 263-264, Acórdão):

Parece repugnante aos princípios, especialmente à garantia do juiz natural, que a competência originária do Supremo Tribunal para julgá-los seja precária e fique à mercê da vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que a possa elidir a qualquer tempo, tanto para prejudicar quanto para favorecer o ministro processado.

(...)

E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela – cancelada a Súm. 394 – bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria.

Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade.

O diagnóstico a história corroboraria. Há de se lembrar a renúncia de deputado federal objeto da decisão na Questão de Ordem na Ação Penal 333/PB, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento concluído em 5/12/2007. Réu

---

<sup>140</sup> “Três exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, que representam revisão de entendimentos anteriores que não correspondiam às demandas sociais: a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula 394)” (BARROSO, 2011, p. 400).

confesso, o parlamentar renunciou ao cargo em 31 de outubro de 2007, cinco dias depois da inclusão do seu processo na pauta de julgamentos do plenário do Supremo Tribunal e cinco dias antes do início do julgamento<sup>141</sup>.

Enfrentando as hipóteses de abusos que se abriram com o cancelamento da Súmula 394, o ministro Sepúlveda Pertence propôs novo enunciado, de modo que apenas os inquéritos e ações cujas matérias estivessem relacionadas com o exercício do cargo ou fossem realizados a pretexto de seu exercício prorrogariam o foro especial<sup>142</sup>. Ao fundamentar a proposta de novo enunciado, valeu-se dos precedentes que motivaram a Súmula 394, os quais se referiam a casos relacionados ao exercício do cargo<sup>143</sup>.

Ocorre que também essa solução, a despeito de trazer melhora, é ainda incapaz de completar o fechamento operacional necessário para a devida efetividade do dever de prestação jurisdicional do Estado, a reproduzir simetricamente o Direito. A proposta de nova súmula incrementa mais complexidade, gerando problemas novos de casuísmo, que se deve tentar evitar. Os tribunais teriam de passar a julgar o caso antes de iniciar o processo. De antemão, teriam eles de decidir se o fato supostamente imputado guarda

---

<sup>141</sup> Esse caso é icônico. Atravessa o período em que havia a necessidade da licença e se estende após a revogação da Súmula 394. Ficou sobrestado de 1993 a 1994, quando o acusado era governador do Estado da Paraíba (licença para processá-lo perante o Tribunal de Justiça estadual foi negada pela maioria dos votos da Assembleia, e pouco depois os autos foram sobrestados pelo Tribunal, considerando tratar-se de crime comum, sem relação com o cargo). Em 1995, depois de eleito senador da República no ano precedente, a licença foi negada uma vez mais pelo Senado (tida por prejudicada: entendeu o Senado já ter sido apreciada e negada a licença pela Assembleia estadual). Sobrestados os andamentos até a publicação da Emenda Constitucional 35, de 2001, que revogou a necessidade de licença para o STF processar criminalmente os parlamentares, quando então os autos voltam a tramitar. O réu iria a julgamento em novembro de 2007, mas renunciou ao mandato cinco dias antes. O Supremo Tribunal não acolheu questão de ordem a configurar abuso do Direito para subtrair a eficácia da renúncia e preservar a competência da Corte. Por não mais se tratar de pessoa deputado federal, o processo é remetido para ser processado perante o tribunal do júri do estado de origem. (cf. p. 13 e seg.. Acórdão). O processo aguardava julgamento de recurso segundo consulta no site do Tribunal de Justiça local em 25/2/2012. O réu faleceu de câncer pulmonar em 7/7/2012.

<sup>142</sup> Esta era a redação proposta pelo ministro Sepúlveda Pertence (p. 269, Acórdão): “Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

<sup>143</sup> Registrou o ministro Sepúlveda Pertence “(...) o teor literal da Súm. 394 vai além da jurisprudência que pretendeu retratar. (...) Dos [primeiros precedentes] que são pertinentes ao enunciado sumular, porém, todos são relativos a ex-dignitários acusados de crimes não apenas cometidos ao tempo da investidura determinante da competência por prerrogativa de função, mas também praticados no exercício dela ou a pretexto de exercê-la.” Cf. p. 264 e seguintes do Acórdão, especialmente os precedentes transcritos às p. 265-266.

conexão com o exercício da função ou fora realizado a pretexto de exercê-la, objeção formulada pelo min. Sydney Sanches<sup>144</sup>.

Ilustra a complexidade e a insegurança jurídica da proposta o próprio objeto do Inquérito 687/SP, que leva ao cancelamento da Súmula 394. Tratava-se de deputado federal que teve o mandato cassado. Havia ele assinado em benefício do irmão documento de identidade de assessor parlamentar da Câmara dos Deputados sem ter ele a atribuição para o ato. Seu irmão mais tarde foi preso com 554 kg de cocaína.

A dúvida, à luz do entendimento proposto pelo eminente ministro Pertence é inevitável. A falsidade do documento de assessor parlamentar relaciona-se com o exercício do cargo de deputado federal? Para o ministro Sydney Sanches, não se tratava de atividade relativa à atividade parlamentar. Mas, não fosse ele parlamentar, dificilmente teria assinado a carteira de assessor ou sequer teria conseguido o material necessário para a falsificação (papel, carteira com brasão, etc.).

Outro exemplo é o que se pode retirar da já menciona Questão de Ordem na Ação Penal 333/PB. Em 1993, um ex-deputado, réu confesso, estava sendo processado por tentativa de assassinato de adversário político. O ato foi desencadeado em razão de a vítima ter ofendido a honra do filho do réu em rede de televisão no Estado da Paraíba. Num súbito ato passional, o réu adentra o restaurante onde se encontrava seu adversário e contra ele aciona arma de fogo, acertando-o sem fatalidade. À época, o réu era governador estadual.

Por um lado, as circunstâncias estão nitidamente relacionadas com a competição eleitoral que viria a ocorrer no ano seguinte, o que leva a constatar uma relação dos fatos com o cargo exercido pelo réu. Por outro, a tentativa de assassinato, em si, parece tratar-se de uma reação aparentemente emotiva, envolvendo a imagem da família do réu. A Assembleia estadual, por

---

<sup>144</sup> “Quanto à ponderação do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, tenho a observar que talvez seja mais difícil separar os casos em que o ato foi praticado realmente no exercício do mandato, ou se fora dele. No caso presente, por exemplo, da imputação ao ex-deputado; teria ele emitido atestado falso. Pergunto: é função do deputado emitir atestado? E atestado falso? Parece-me que se trata de ato estranho à atividade parlamentar propriamente dita” (min. Sydney Sanches, Acórdão, p. 270).

maioria dos votos, recusou o pedido de licença do TJ/PB para processar o governador. Num segundo momento, o TJ/PB sobrestou o feito por entender tratar-se de crime comum, não relativo ao exercício do cargo, chamando a imunidade processual quanto aos crimes comuns para os governadores de estado.

Os tribunais estariam envolvidos em dilemas como esses sobre a relação ou não dos fatos com o exercício do cargo – ou se teriam sido realizados a pretexto de exercê-lo, o que é ainda mais difícil de verificar. É perfeitamente razoável afirmar que só no julgamento de mérito se pudesse chegar à conclusão mais segura de que o fato investigado não estava relacionado com o exercício do cargo com foro especial<sup>145</sup>.

É o que ocorre hoje, *mutatis mutandis*, com o atual estado da arte. Na própria QO na AP 333/PB, o Supremo não considerou o ato de renúncia ao mandato de deputado federal como forma de abuso do Direito. Este mesmo réu veio a renunciar em 2007 cinco dias antes do julgamento do mesmo processo. Assim, o Supremo declinou sua competência para o tribunal do júri, conforme mencionado acima.

Três anos mais tarde, outro parlamentar, em situação semelhante, renunciou ao mandato *um* dia antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte reconheceu pela primeira vez a ineficácia ao apreciar a questão em plenário na Ação Penal 396/RO, julgada em 28/10/2010, DJe. 28/4/2011, rel. min. Cármen Lúcia, quando então se considerou a renúncia um ato de subterfúgio, visando modificar a competência do órgão judiciário para protelar o julgamento<sup>146</sup>.

Não se trata de questionar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal quanto à retirada de eficácia no que toca à modificação de competência do uso instrumental da renúncia ao mandato – que a essas

---

<sup>145</sup> Casuismo no sentido legítimo de que o juízo de mérito naturalmente oscila – vacila ou acerta – ante a complexidade, singularidade e peculiaridades de cada caso.

<sup>146</sup> Registra a Ementa do julgado: “(...) 1 - Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas.”

ocasiões não se limitam<sup>147</sup> –, mas de indicar uma vez mais o intrincado caminho que a Corte tomou ao cancelar o enunciado.

A configuração da fraude por si mesma representa uma grande dificuldade, conforme restou evidenciado no próprio julgamento AP 396/RO<sup>148</sup>.

O Supremo Tribunal paulatinamente incrementa critérios para compensar as distorções causadas pela revogação da súmula, introduzindo mais normas abertas, mais complexidade e, na mesma proporção, mais insegurança jurídica e mais possibilidades de erro, podendo prejudicar a confiança que o público deposita no Tribunal<sup>149</sup>.

Há de se pensar, portanto, de forma mais alargada e nos efeitos sistêmicos das soluções propostas para os casos de alteração do foro especial. Por isso, as ideias em torno dos conceitos de sub e sobreintegração parecem ajudar no trato de matérias tão complexas como a questão da perpetuação da jurisdição nos casos de foro especial, questões que analisadas sem uma

---

<sup>147</sup> Noutra oportunidade elenquei alguns casos de renúncia, ao sustentar a validade do artigo 1º, I, “k”, da Lei das Inelegibilidades, acrescentado pela Lei da Ficha Limpa: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-23/lei-ficha-limpa-compativel-adequada-constituicao>.

<sup>148</sup> “O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Senhor presidente, propus essa solução por ocasião da Ação Penal 333 [considerar ineficaz toda renúncia após colocado o processo em pauta para julgamento]. Mas, refletindo bem, temos tanta dificuldade para instruir esses processos; eles tramitam aqui durante tantos anos. Aí eu me pergunto: é razoável esperar até o processo ser pautado para se considerar impossível a renúncia? Eu proporia uma outra solução: após o fim da instrução. O Senhor Ministro Dias Toffoli (Revisor) – O processo concluso para o Relator, faltado apenas a elaboração do voto, sobrevivendo a renúncia, permanece, prorroga-se a competência do Tribunal. (...) O Senhor Ministro Gilmar Mendes – (...) Recentemente, no meu gabinete, se verificou uma situação idêntica: ainda na fase de instrução, designada a oitiva de testemunhas, num dado processo, alguém que era deputado federal e candidato ao governo de um Estado, houve a renúncia no dia anterior à realização dessas audiências. Portanto, essa prática está se tornando comum e muitas vezes afetando a própria instrução. De modo que acredito que temos realmente de encontrar uma solução. (...) Vejam que a mudança pode ocorrer de forma tópica ou de forma mais generalizada. A cessação da investidura pode se dar de várias formas. Se se adotar um critério, por exemplo, o critério do fim da instrução ou da colocação em pauta, isso pode fazer o sentido do ponto de vista de economia processual. Agora mesmo teremos a renovação do Congresso Nacional, e tudo indica, segundo, pelo menos os dados colhidos pelos jornais, que temos aí uma renovação de algo em torno de 50%, o que indica que, em muitos caos, teremos afetada também a competência do Supremo Tribunal Federal. (...) Acredito teremos realmente a necessidade de adoção de algum critério que talvez seja mais genérico do que aquele que está sendo proposto, seja no voto do Ministro Toffoli, seja no voto do Ministro Joaquim Barbosa” (p. 84-85, Acórdão).

<sup>149</sup> A partir da ideia de *public trust*, a *ex-justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Sandra O’Connor (1999, p. 13) adverte: “*We don’t have standing armies to enforce opinions, we rely on the confidence of the public in the correctness of those decisions. That’s why we have to be aware of public opinions and of attitudes toward our system of justice, and it is why we must try to keep and build that trust. We can do it by working to create a just society. The justice system must provide for the fair, prompt and proper resolution of the conflicts brought to it, and it must also work to help the public see what the system is doing and how it is being done.*”

perspectiva mais ampla, como a ideia de sobreintegração dos efeitos da decisão, não conseguem ser equacionadas.

A Ação Penal 333, remetida à primeira instância, ainda não transitou em julgado<sup>150</sup>. É longa a fila de casos que sugerem que a impunidade tem sido a regra<sup>151</sup>. Recentemente, nesse mesmo sentido, a imprensa traz levantamento sobre resultados de processos envolvendo o foro especial no STF<sup>152</sup>.

Não é objetivo adentrar o problema da falta de efetividade da Justiça Criminal. Pontua-se, não obstante, que a impunidade dos que gozam do foro especial não se deve ao foro em si, mas a duas questões principais: à revogação da Súmula 394 e à aparente falta de estrutura dos tribunais, fato este que vale para todas as instâncias do Poder Judiciário<sup>153</sup>.

O cancelamento da Súmula 394 contribui com a ausência do que os americanos chamam de *law enforcement*. A meu sentir, não importa a matéria a que esteja submetida a investigação (se conexa com o cargo ou não). Irrelevante ainda o fato de o réu não mais exercer o cargo, pois o foro especial funciona tão somente se atrelado à necessidade de duração razoável do processo. Privilégios se criaram com a “dança dos processos” entre as diferentes instâncias. São inúmeras as situações que, mesmo em decorrência

---

<sup>150</sup> O réu faleceu de câncer pulmonar em 7/7/2012, conforme noticiado pela imprensa.

<sup>151</sup> Cf. Inq. 427/DF, rel. min. Sydney Sanches, no qual um senador pelo Estado da Bahia torna-se governador e o inquérito para lá é remetido. Ver ainda a Ação Penal 623, STJ, rel. min. Laurita Vaz, acórdão publicado em 17/11/2010, caso de aposentadoria de desembargadores do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, cuja ementa traz a seguinte síntese: AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA OFERECIDA COM DEFESAS PRELIMINARES APRESENTADAS. DESEMBARGADORES DENUNCIADOS. APOSENTAÇÃO. PERDA DA PRERROGATIVA DE FORO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. JUÍZES DE DIREITO E PROCURADOR DE JUSTIÇA TAMBÉM DENUNCIADOS. SUPERVENIENTE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARGUIDO PELO MPF O COMPROMETIMENTO DE MAIS DA METADE DOS DESEMBARGADORES DO TJES, COM INTERESSE DIRETO OU INDIRETO NO DESLINDE DE CONTROVÉRSIAS LEVANTADAS NOS AUTOS. PEDIDO DE REMESSA DO FEITO AO STF. ART. 102, INCISO I, ALÍNEA N, DA CF. NECESSIDADE DE, PRIMEIRO, HAVER PRONUNCIAMENTO DOS MEMBROS DO TJES. REMESSA DOS AUTOS À CORTE ESTADUAL CAPIXABA, INCLUINDO AS PETIÇÕES E EXPEDIENTES AVULSOS, MESMO OS JÁ ARQUIVADOS.

<sup>152</sup> A despeito das conclusões apressadas, os casos remetem à reflexão. Consulta feita em 10/03/2012 no endereço <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/index-20120226.shtml>. Cf., em meio físico, Caderno Especial do dia 26/02/2012, Jornal Folha de São Paulo.

<sup>153</sup> O problema geral da celeridade e qualidade da prestação jurisdicional passa também por um aperfeiçoamento da legislação e de alguns pressupostos inadequados, e não só por uma questão de racionalidade da jurisprudência.



das vicissitudes mais comuns e legítimas, os inquéritos e ações não são concluídos<sup>154</sup>.

Propugno que os processos com foro especial não retornem mais à instância judicial hierarquicamente inferior, sem exceções, seja qual for a causa material da ação seja qual for a causa que leve as autoridades a deixar o cargo. Levado ao STF, não há que se falar em retorno dos autos ao STJ, caso o parlamentar assuma, como já ocorreu, a cargo de governador ou mesmo ao juiz singular, quando se verifica a inexistência de foro especial<sup>155</sup>.

Portanto, conclusões dedutivas como tratar igualmente os iguais no caso daqueles que deixam de exercer cargo com foro especial podem se mostrar perversas ao serem colocados na pragmática da situação de aplicação. O que parecia realizar o princípio da igualdade inverte-se no contexto em que o precedente é inserido – passando a significar impunidade e um tratamento desigual e agora sim privilegiado para alguns. Por deixar de serem julgadas em tempo razoável, as altas autoridades da República passam a gozar de uma posição de sobreintegração em relação à sua submissão ao sistema criminal, enquanto todos os demais cidadãos estão submetidos inexoravelmente ao juiz natural.

Daí se constatar um ganho efetivo de qualidade decorrente da ideia de sub e sobreintegração como princípios jurídicos hermenêuticos, aumentando a capacidade institucional do Poder Judiciário e seu horizonte de previsibilidade dos efeitos sistêmicos de suas decisões na pragmática da situação de aplicação.

A essa ampliação da capacidade institucional dos tribunais deve-se somar um paradigma teórico capaz de enfrentar a complexidade social e seus efeitos sistêmicos, bem como o Direito precisa se informar de uma filosofia

---

<sup>154</sup> No Inquérito 2.531, rel. min. Ricardo Lewandowski, a Corte declinou de sua competência para o juízo singular pelo fato de o parlamentar não ter sido reeleito, já indicando a ocorrência da prescrição.

<sup>155</sup> “Impressionou-me no voto do min. Moreira Alves a réplica de que, a procedem os argumentos de Victor Nunes em favor da Súmula, ‘também se justificaria que, com relação a fatos anteriores ao exercício da função – e para os quais se desloca a competência para o Supremo Tribunal Federal durante o seu exercício – se sustentasse que se deveria, depois de cessado esse exercício, manter tal jurisdição especial, o que não se tem admitido’”. (min. Sepúlveda Pertence, p. 264, Acórdão).

política que coloque em perspectiva o papel da Constituição, dos direitos fundamentais e da própria jurisdição constitucional à luz da ideia de processo democrático, contribuindo ainda mais para o compartilhamento de um horizonte de sentido comum para a hermenêutica constitucional.

### **Capítulo 3 – Hermenêutica constitucional e processo democrático**

À ampliação da capacidade institucional dos tribunais de aplicar adequadamente a Constituição, valendo-se da ideia de justiça como igualdade complexa e do ganho trazido pela hermenêutica jurídica com a ideia de subintegração e de sobreintegração, cabem ainda esclarecimentos complementares que a perspectiva neoconstitucionalista pode incorporar. Trata-se de assumir uma filosofia política que esclareça e coloque em perspectiva o papel da Constituição, dos direitos fundamentais e da própria jurisdição constitucional à luz da ideia de processo democrático.

O objetivo deste capítulo é buscar ampliar um pouco mais a capacidade hermenêutica institucional do intérprete na concretização das normas constitucionais. Procura-se, assim, compreender melhor a ideia de processo democrático que só lateralmente faz parte da práxis da jurisdição constitucional – como sugerem os dados trazidos na introdução deste trabalho – a fim de esclarecer melhor o papel da Constituição e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, o que, por seu turno, reflète-se na maneira como interpretamos e compreendemos a própria Constituição.

#### **3.1 Hermenêutica jurídica e teoria do Direito**

A epistemologia do Direito, enquanto ciência de pesquisa do tipo histórico-hermenêutica, visa à compreensão de sentido dos textos e normas legais obtidas apenas no contexto de sua aplicação<sup>156</sup>. A despeito dessa

---

<sup>156</sup> “Nas ciências histórico-hermenêuticas há, como já dito, a preponderância do interesse cognoscitivo prático. A avaliação dos enunciados não se dá segundo o sistema de referência da ciência empírico-analítica, inexistindo ainda distinção entre as esferas da linguagem formalizada e da experiência objetiva.

dependência contextual da cultura (tradição) no ato de revelação de sentido – que implica, nas sociedades plurais, uma diversidade de critérios de validade (diferentes visões de mundo), o que se traduz, naturalmente, em compreensões de textos diferentes e conflitantes – deve-se ressaltar os perigos decorrentes de uma radicalização para dentro da cultura e seu fechamento em esferas não reflexivas de valores concretos. Há de se observar também o extremo oposto: o relativismo subjetivista a que o pluralismo pode levar. Daí a advertência de Habermas, trazida por Alvaro Luis de Araujo Ciarlini:

A afirmação de Gadamer no sentido de que a hermenêutica não deveria ser tratada como um “assunto da metodologia”, por ser uma arte e não um método e principalmente por não visar à coleção de análise de dados, mas sim a elucidação dos “processos de compreensão ordinários”, não afastou Habermas da ideia de que a *guinada interpretativa* não esvaziou o *status* científico das abordagens não objetivistas.

(CIARLINI, 2011, p. 15) (destaque do original)

Vale dizer, assim, que mesmo as disciplinas que não podem valer-se da *objetividade* das ciências naturais, o Direito, enquanto disciplina histórico-hermenêutica, não deve renunciar aos parâmetros metodológicos que lhe permitam agregar *status* de correção normativa.

Há de se buscar, argumentam os filósofos das ciências sociais, na linha trazida por Ciarlini, a possibilidade de conferir validade intersubjetiva a partir do uso pragmático dos significados *prima facie* das mensagens constitucionais. Nesse sentido, a validade das teorias e dos argumentos nas ciências histórico-hermenêuticas reside no reconhecimento recíproco de asserções comunicativas<sup>157</sup> ou na racionalidade dos meios escolhidos para se atingir determinado fim (agir instrumental), conforme se viu no capítulo anterior.

---

Com efeito, as teorias não são elaboradas, já, de modo dedutivo, sendo de se considerar que as experiências não têm em perspectiva o ‘êxito das operações’. É da compreensão de sentido, e não da mera observação, que se ocupam os cientistas histórico-hermeneutas. Para tanto, louvam-se da interpretação de textos e buscam determinar o sentido possível de seus enunciados por meio da hermenêutica enquanto filosofia prática” (CIARLINI, 2011, p. 14).

<sup>157</sup> “Ora, na medida em que os intérpretes compreendem o significado do texto e percebem por que seu autor fez este ou aquele juízo de valor sobre a verdade de uma dada asserção, ou reconhecem a correção de determinados valores e normas, bem como a sinceridade de suas vivências, existe um agir dotado de inequívoca racionalidade imanente. Assim, a interpretação deve ser concebida como uma atividade

Ressalta-se, no entanto, que a busca de parâmetros metodológicos da filosofia reconstrutiva da hermenêutica jurídica vale-se também de critérios analíticos que são orientados por interesses “que podem superar o particular inserido em determinada tradição, para descrever os universais” (CIARLINI, 2011, p. 16-17), ou seja, apesar de a compreensão e a capacidade de compreender num determinado momento histórico estarem condicionadas pela tradição, a transcendência dessa situação se dá por abstrações analíticas e dedutivas que permitem uma observação/compreensão das “coisas” que não estão inseridas nessa tradição, ainda que os fenômenos socioculturais não possam servir de objeto de testes empíricos precisos<sup>158</sup>.

É tratando-se não da *verdade*, mas da *correção* de normas, algo menos “definitivo” que os fenômenos físicos e naturais, e menos subjetivo e relativo que as percepções individuais do mundo, que a correção e a adequabilidade de afirmações de sentido podem ser tratadas agora como *correção de sentido intersubjetivamente aceito*, na forma imanente de sentir e de valer-se de uma racionalidade socialmente compartilhada – a despeito da existência de questões essenciais não pacificadas e divergentes.

Nesse sentido, os critérios de correção da pesquisa jurídica, e de afirmação de padrões universalizáveis como fórmulas instrumentalmente eficazes, passam por um sentido de correção compartilhado a partir de um discurso coerente orientado a determinada finalidade. Nesse sentido, a pesquisa e a hermenêutica jurídica devem se “afastar do corrosivo esoterismo ou da análise superficial e inconsequente dos problemas jurídicos mais importantes” (CIARLINI, 2011, p. 18)<sup>159</sup>.

---

racional e os intérpretes devem necessariamente socorrer-se do uso de padrões de racionalidade” (CIARLINI, 2011, p. 15).

<sup>158</sup> “(...) Habermas atribui às disciplinas como a lógica, a meta-matemática, a teoria do conhecimento e a epistemologia, bem como a ética, a estética, a teoria da ação e da argumentação, dentre outras, o escopo de estabelecer um saber pré-teórico, orientado por um domínio intuitivo de sistemas de regras que servem de fundamento para a geração e avaliação dos proferimentos e operações simbólicas, no caso de ‘inferências corretas, bons argumentos, descrições, explicações ou previsões acertadas, frases gramaticais, atos de fala bem sucedidos, ações instrumentais eficazes, avaliações adequadas, autorrepresentações autênticas, etc. [citando Habermas]” (CIARLINI, 2011, p. 16).

<sup>159</sup> “Por isso, devem apostar em um contexto de pesquisa orientado por um interesse prático, sem olvidar da importância e do alcance da reflexão crítica, ensejadora de um conhecimento guiado pelo interesse por emancipação” (*idem, ibidem*).

Precisamente aqui, na finalidade e na melhor forma de conduzir a uma situação de aplicação à luz da Constituição, que aporta a racionalidade da interpretação jurídica e, portanto, sua legitimidade, cujos paradigmas de compreensão modificaram-se e substituíram-se ao longo do constitucionalismo moderno (paradigma do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito).

No primeiro momento pós-revolucionário, de uma maneira geral e simplificadora típica dos métodos paradigmáticos que se passa a descrever, os direitos fundamentais e a divisão de poderes voltavam-se apenas para a constrição de possibilidades de abuso de um Estado pós-absolutista, fazendo da lei o principal instrumento de controle das liberdades privadas recém-conquistadas que precisavam ser asseguradas *contra o Estado*. A modernidade, que rompia com a ideia de estamento social, afirmava a ideia de que todos nascem livres e iguais. Igualdade entendida negativamente como tratamento indiferente ao contexto de aplicação da lei, desconsiderando-se qualquer situação de vulnerabilidade social material. Nesse contexto, a hermenêutica jurídica tinha para si uma tarefa simples: deduzir dos códigos escritos na forma de regras a solução ali prevista de antemão, fornecida pela disciplina legal que regulamenta determinado tipo de conduta. Desse contexto surge a máxima o século XIX de que tudo o que não está proibido está permitido, ao tempo em que os códigos tinham a pretensão de tudo regular<sup>160</sup>. Até aqui, salvaguardar a liberdade do sujeito em face do Estado era suficiente para assegurar a autonomia do sujeito. A norma jurídica identificava-se com o texto, evidenciado pela precisão da linguagem. O juiz, por sua vez, como burocracia que remanesce do Estado absolutista, deveria administrar a justiça da forma objetiva trazida pelo texto legal, naturalizando assim as estruturas de mercado como base do constitucionalismo nascente frente a interferência do Estado<sup>161</sup>, naturalizando as estruturas de uma economia de mercado como

---

<sup>160</sup> Chamado dogma da completude, era corolário do legalismo jurídico da época, em que a atividade criativa do intérprete não era admitida (CANOTILHO, [4ª Edição], p. 1126).

<sup>161</sup> Conferir SUNSTEIN, 2009, p. 54 e seq.

paradigma de sociedade a ser consolidada e protegida, o que vai se tornar paradigmático para a compreensão das normas constitucionais:

No final do século XIX, e no início do XX, a neutralidade do *status quo* reinava absoluta no pensamento jurídico. Ela incorporava um conceito difundido da natureza e do natural e organizava o raciocínio e as categorias jurídicas. A neutralidade do *status quo* tornou o sistema de não-intervenção uma exigência constitucional.

(SUNSTEIN, 2009, p. 49)

A compreensão de liberdade e igualdade demandava, nesse contexto, uma separação de poderes que viabilizasse o controle do poder contra a interferência na vida privada, visando assegurar a autonomia de cidadãos economicamente ativos em busca da própria felicidade. O papel do Estado restringia-se a garantir a segurança pública interna e defender os cidadãos das ameaças externas.

Para isso bastaria que as *regras* jurídicas fossem interpretadas *objetivamente* a partir de um ordenamento de normas complementado com alguma atividade criativa apenas em casos evidentes de lacuna, valendo-se primeiro da analogia dos textos legais, passando pelos costumes e terminando, só aí, no uso dos princípios gerais do Direito<sup>162</sup>.

Os métodos de interpretar são mais significativos desse modo estreito de compreender a própria linguagem e os desafios do Estado Liberal, que se resumiam na interpretação gramatical, lógica e analógica. Vê-se, desde logo, que uma interpretação argumentativa, normativo-principiológica e pragmático-contextual era vedada. E, na esteira desses métodos, classificava-se o resultado da interpretação como sendo uma interpretação meramente declarativa, extensiva ou restritiva. Texto e norma jurídica se identificavam (BONAVIDES, 2001, p. 398-405).

Num segundo momento, os métodos interpretativos lógico-sistemáticos, histórico-teleológicos e o da escola pura do direito preocupam-se

---

<sup>162</sup> Como dispunha o não mais vigente artigo 4º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

também com a coerência interna entre as normas do Direito, “voltados todos primeiro para o *espírito* do que para a *letra* da lei” (BONAVIDES, 2001, p. 405).

Foi destaque a Teoria Normativista do Direito de Hans Kelsen. Com base no critério de subsunção de regras organizadas hierarquicamente, confere-se ao intérprete uma discricionariedade ampla, ao reconhecer admitir uma ampla e imotivada liberdade de escolha dentre uma das diversas possibilidades no âmbito da interpretação lógica. Seriam aquelas alternativas possíveis que a interpretação lógico-dedutiva da subsunção admitiria como as possibilidades possíveis, como que dentro da “moldura” de um quadro onde se achariam as diferentes alternativas para a solução de um caso concreto. Dentre as alternativas contidas nessa “moldura”, a liberdade de escolha é ampla e subjetiva, pois não haveria método que fosse capaz de, juridicamente, afirmar a melhor decisão dentre as logicamente deduzidas pelo método da subsunção a partir do ordenamento escalonado de normas:

Se se entende por interpretação a fixação, em termos de conhecimento, do sentido do objeto interpretado, o resultado da interpretação jurídica só pode consistir na fixação do quadro que o Direito interpretado oferece e, por conseguinte, no conhecimento das múltiplas possibilidades que existem dentro desse quadro.

(KENSEN *apud* LARENZ, 2009, p. 105)

Kelsen vai ainda delinear uma rigorosa diferenciação de funções entre a ciência do Direito e os demais ramos, como a sociologia e a política, cujas implicações são importantes, pois conduzem a um voluntarismo tanto do legislador, pois o conteúdo do Direito produzido deve ser objeto de outros ramos de conhecimento e da vida política e social, como leva também ao já demonstrado decisionismo do intérprete.

A ciência do Direito cingir-se-ia, segunda a Teoria Pura do Direito, ao mundo do dever-ser lógico formal e analítico, de onde deveriam ser extraídos os resultados prescritivos de suas normas a partir do conteúdo preenchido pela política por meio do processo legiferante: “A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com

o prescrito juridicamente. Não é pois uma ciência dos fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas” (LARENZ, 2009, p. 93).

Dessa separação radical intentada entre o ser e o dever-ser operada pelo austríaco, firmava-se que a lei válida é aquela produzida pela autoridade competente, segundo o procedimento estabelecido. O conteúdo da norma estaria mais para o mundo dos fatos, que passaria ao estudo da sociologia, da história, da psicologia, da política. Daí resulta que a lógica formal de uma teoria do Direito sem uma filosofia política ter levado a conclusões que foram danosas para o século XX. Nas palavras Kelsen, trazidas por Larenz, “pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica” (KELSEN *apud* LARENZ, 2009, p. 97)<sup>163</sup>.

Tal formulação, entretanto, não consegue fechar-se na própria lógica formal de um ordenamento que remete sua validade a uma norma superior, sem conteúdo, a hipotética *norma fundamental*, que autorizaria em última instância a atividade criadora de direito da autoridade, desde a validade da Constituição até a individualização da norma aplicada ao caso concreto<sup>164</sup>. A lógica formal consistiria basicamente no fazer reportar a norma hierarquicamente inferior a outra superior, sucessivamente até a suprema norma fundamental, *pressuposta*<sup>165</sup> pela ciência jurídica, “enquanto fonte comum, [que] realiza a unidade na pluralidade de todas as normas que constituem um ordenamento” (KELSEN *apud* LARENZ, 2009, p. 99):

Semelhante “norma fundamental”, na medida em que constitui o fundamento último da validade objetiva, da qualidade de dever ser de uma ordem jurídica positiva, não pode ser estabelecida, por sua vez, por uma autoridade “cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada” (RR, pág. 197)

<sup>163</sup> Comenta Larenz sobre esse trecho de Kelsen: “O positivismo jurídico não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases” (LARENZ, 2009, p. 97).

<sup>164</sup> A sentença é a norma individual, criada pela autoridade competente, válida para as partes, a partir da aplicação escalonada e sucessiva das normas superiores: “É o que acontece na sentença judicial, que produz a norma concreta, finalmente suscetível de ser executada. (...) É um ato de produção do Direito, tal como a lei, só que situado no escalão da individualização da concretização da norma geral” (LARENZ, 2009, p. 105).

<sup>165</sup> “[A norma fundamental] não é, portanto, uma norma posta, mas uma norma necessariamente pressuposta, pela ciência do Direito, a fim de poder interpretar como uma ordem jurídica o material normativo que se lhe oferece” (LARENZ, 2009, p. 99).



*(idem, ibidem)*

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica ao fim e ao cabo, amarrada no arcabouço formal da Teoria Pura do Direito, termina sem um fundamento normativo substancial referido a princípios ou mesmo a regras substantivas, cujo resultado é a mitigação do controle substantivo dos atos do parlamento e a liberação da discricionariedade decisionista do intérprete que se vê diante de uma regra jurídica que lhe permita a dúvida quanto a duas ou mais soluções possíveis para o mesmo caso. A interpretação para Kelsen implica sempre um ato de vontade, por isso deixa de ser algo objetivo, uma operação intelectual lógico-gramatical do texto, para ser sempre uma produção de normas de um nível superior, que é concretizada em um nível inferior:

O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior e criação do Direito, isto é, "produção" da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial como a lei, o decreto, o ato administrativo e o negócio jurídico.

(LARENZ, 2009, p. 105)

Assim, a validade do direito legislado e do direito aplicado é essencialmente a mesma. Haveria apenas a diferença de concretização da lei superior para a inferior pela autoridade competente, que deve fazê-lo dentro das possibilidades interpretativas contidas na moldura resultante da interpretação de um comando legal superior:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam no quadro do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer (...) uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim, como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

(KELSEN, 2006, p. 393)

Na Teoria Pura do Direito verifica-se a separação de toda e qualquer Teoria Política da Teoria do Direito<sup>166</sup>. A hermenêutica, nesse sentido, admite o subjetivismo do intérprete autorizado, seja na concretização legislativa dos preceitos constitucionais vagos já num contexto de Estado Social que enfrenta Kelsen, seja na aplicação/criação do Direito no caso concreto<sup>167</sup>.

Conclui Larenz sobre Kelsen que “a teoria pura do direito’ atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são escassos. Em último termo, porém, o fato encontra a sua razão de ser numa deficiência da própria teoria” (LARENZ, 2009, p. 92).

É bom lembrar que Kelsen já enfrentava a alteração paradigmática que vinha ocorrendo desde 1919 na Alemanha, com a inauguração das constituições do Estado de bem-estar social.

Esse decisionismo da Teoria Pura do Direito talvez se deva em parte à necessidade de permitir que o Estado assumisse o papel ativo de regulamentar a vida privada e redistribuir riqueza, necessidade que surge paulatinamente com a reconstrução da compreensão dos princípios da liberdade e da igualdade.

O Estado Social tem como marco a Constituição de 1917 do México e a Constituição de 1919 da Alemanha. Elas, como mencionado, traziam uma série de objetivos e determinações que modificavam definitivamente a função do Estado, compelindo-o a regular a atividade econômica e a assegurar condições de igualdade material mínimas a todos os nacionais.

A Constituição assume o papel de ter de regular a desintegração social gerada pelo desenvolvimento econômico e pela migração populacional para as cidades ocorrida ainda no contexto do *laissez-faire*. A distribuição da

---

<sup>166</sup> “O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la” (BONAVIDES, 2001, p. 420).

<sup>167</sup> “Simplesmente, aquilo que se concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral. É a forma do Direito, isto é, o método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição. Com o conceito de forma do Estado caracteriza-se o método de produção de normas gerais regulado pela Constituição. (...) Mas certo é que o problema da forma do Estado, como questão relativa ao método da criação do Direito, não só se apresenta ao nível da Constituição, e, portanto, não só se levanta relativamente à atividade legislativa, como também se põe a todos os níveis da criação jurídica” (KELSEN, 2006, p. 310).

riqueza gerada nas fronteiras do Estado – ou pelos seus nacionais fora dele – passa a ser redistribuída por meio de serviços públicos, auxílio em dinheiro, moradia, saúde, educação de qualidade entre outros. Há regulamentação das relações de trabalho é um dos traços marcantes desse novo modelo de Estado, redefinindo a relação entre proprietários e trabalhadores<sup>168</sup>.

Ao incrementar princípios e valores socialistas pertinentes à demanda por igualdade material, a Teoria do Direito vê-se desaparelhada<sup>169</sup>, e com isso o traço marcante que se pode notar também na Teoria Pura do Direito: a queda no grau de juridicidade das normas constitucionais. Seria novamente o transitar de paradigmas. Agora do Estado mínimo para o Estado Social:

A queda do grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das constituições. O novo caráter da Constituição lembra de certo modo o período correspondente a fins do século XVIII, de normatividade mínima e programaticidade máxima.

(BONAVIDES, 2001, p. 207-208)

As normas constitucionais tornam-se impotentes ante as condições materiais a serem criadas para a realização de seus comandos, dependente, ainda, da atuação do Legislativo e do Poder Executivo. Este, além de ter de garantir segurança pública interna, assume um papel ativo na formulação de uma séria de programas sociais que realizasse o princípio da igualdade material. Os direitos políticos são universalizados gradualmente para além do

---

<sup>168</sup> “Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. (...) Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal” (BONAVIDES, 2001, p. 207). Cf. também a decisão da Suprema Corte americana em *Lochner v. New York* (1905), como exemplo de resistência na implementação desse novo paradigma. A Corte entendeu que limitar a jornada de trabalho dos padeiros implicava uma expropriação inconstitucional do empregador. Conferir novamente SUNSTEIN (2009, p. 54 e seg.), supramencionado.

<sup>169</sup> “A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito...” (BONAVIDES, 2001, p. 207-208).

voto censitário, até a universalização do masculino e feminino. Na medida que os direitos políticos são estendidos à população em geral, ascendem ao poder socialistas democráticos de um lado e os regimes autoritários (fascistas e nazistas, sobretudo) de outro.

O Direito Constitucional desse período permite alavancar discursos pela conquista de direitos que visam a concretizar a ideia de igualdade material, mas dá azo também aos discursos autoritários e nacionalistas, próprios do conceito de nação, o qual é utilizado pelos Estados para se fortalecerem na competição internacional de colonização até a Segunda Guerra<sup>170</sup>. Subverte-se, no caso do nacionalismo étnico, a ideia de liberdade, igualdade e pluralidade do constitucionalismo moderno, destacando-se em teoria o autoritarismo “democrático” de Carl Schmitt.

Seja como for, a Constituição se torna novamente um instrumento mais político do que jurídico. Daí falar-se na perda de juridicidade das Constituições sociais e no caráter programático que ganham os princípios jurídicos nela inseridos nesse contexto de Estado Social. A Constituição torna-se novamente um instrumento mais útil para o discurso político partidário do que para a defesa judicial dos direitos fundamentais, perdendo assim a função de direitos negativos a serem opostos contra a arbitrariedade do Estado.

Nos países periféricos como Espanha, Portugal, Brasil e em quase toda a América Espanhola, o contexto autoritário estende-se ao período da Guerra Fria. O Direito, nesses locais, permanece objeto dos instrumentos clássicos legalistas da interpretação lógica e gramatical, quando muito, da interpretação sistemática. A programaticidade dos comandos constitucionais retira do Judiciário a possibilidade de concretizar normas. O legalismo serviu ainda para negar a ampla discricionariedade da prática judicial que o rigor legalista jamais admitira em teoria.

Após a Segunda Guerra Mundial, contra as formulações teóricas formalistas que levaram à ineficácia das Constituições, os direitos fundamentais são novamente elevados à categoria de direitos naturais

---

<sup>170</sup> Conferir *A questão do nacionalismo* de Eric Hobsbawm (2004).

(Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948). Os crimes de guerra, o Holocausto, a perseguição política às minorias, dentre outros fatores, vão esclarecer e ressaltar a função da liberdade e da tolerância que as Constituições devem garantir.

A teoria do controle judicial dos atos dos demais poderes vai se inspirar na tradição norte-americana do *judicial review*. A hermenêutica jurídica volta suas atenções ao papel dos princípios jurídicos como normas jurídicas a serem aplicadas contra o Estado-administração na proteção dos direitos fundamentais<sup>171</sup>, num papel assumidamente contramajoritário em face do sistema político do Estado-legislador. Os tribunais constitucionais, na esteira das lições de Kelsen, vão assumir, paulatinamente, e em alguma medida, a função de aplicar e assegurar os direitos sociais, coletivos e difusos.

Nesse contexto, em lugar de liberdades negativas inexauríveis, passamos a falar de *esferas* de liberdade privada, circunscritas, pois, a um sem número de normas restritivas e ameaçadoras, regulando desde o flerte das paixões iniciais e dos amores consumados até o uso da água que corta abundante a fazenda dos mais abastados. Trata-se das sociedades supercomplexas. O Direito tem de assimilar em teoria esse novo e complexo contexto social para que possa continuar a servir de instrumento de estabilização de expectativas de comportamento.

O Poder Judiciário passa a ter de decidir casos concretos a partir de princípios jurídicos que são apenas o início de um discurso argumentativo muito mais complexo e fluido. Dentre inúmeras e incertas possibilidades de concretização dessas normas, os princípios aumentam ainda mais as possibilidades de solução e o risco de termos decisões irracionais. Diferentemente das regras, princípios constitucionais não trazem as condições de sua aplicação (Dworkin). São, pois, indeterminados, gerais e, antes de tudo, fundantes e supremos, contra os quais não se pode pretender a validade de qualquer outra norma ou ato. Juntamente com a reconstrução paradigmática

---

<sup>171</sup> “Assim como Müller na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austin” (BONAVIDES, 2001, p. 248).

dos princípios jurídicos<sup>172</sup>, novas compreensões e teorias do Direito são formuladas<sup>173</sup>.

Agora um sistema jurídico voltado à concretização de suas normas fundamentais é colocado em operação tendo em vista o contexto social completamente transformado. A racionalidade finalística do Direito influencia agora a formulação da própria teoria:

A emergência desta “racionalidade finalística”, consequência da passagem do direito formal ao direito substantivo, transforma as estruturas normativas, fundamentalmente rígidas, em parâmetros *open-textured* ou normas *result-oriented*, influenciando de forma duradoura os conceitos doutrinários básicos (“obrigação” e “civildade”), bem como as construções jurídicas da realidade social (“paradigma político”). Neste contexto, os métodos “clássicos” de interpretação acabam por se transformar, evoluindo para métodos de “análise política e social”, que acompanham as transformações nos modos de participação jurídica (“pluralismo jurídico”). Esta mudança de racionalidade normativa vem acompanhada por uma mudança nas funções que cumpre o direito.

(QUEIROZ, 2000, p. 42)

Como os princípios devem ser observados e efetivados, a Teoria do Direito, sob a perspectiva das ciências histórico-hermenêuticas e da reviravolta lingüístico-pragmática, é reformulada para agregar efetividade às normas abstratas. Estas não se valem apenas de interpretações literais e lógicas de subsunções ou de métodos sistemáticos de interpretação.

A hermenêutica jurídica vale-se agora de princípios jurídicos para a interpretação/aplicação da Constituição, “métodos” de concretização de princípios normativos, que nada mais são do que preceitos orientadores que auxiliam o percurso de revelação, adequação e correção da norma jurídica

---

<sup>172</sup> Habermas, por exemplo, referindo-se ao constitucionalismo norte-americano: “Nos Estados Unidos se assume com maior naturalidade os problemas enfrentados pela ‘Great Society’, resultantes dos programas da era New-Deal e da ampliação súbita das pretensões do Estado social, durante os anos 60 e 70. Essa ‘rights revolution’ é entendida como desafio para se interpretar de modo novo os princípios do Estado de direito à luz de novas experiências históricas” (1997-I, p. 312).

<sup>173</sup> “É nesse contexto que teóricos como Dworkin e Fiss avançam com a ideia do ‘direito como interpretação’. Adotando a compreensão de que a adjudicação é interpretação, afirmam que o juiz pode proceder a escolhas racionais sobre questões fortemente controversas, identificando os valores partilhados pela comunidade...” (QUEIROZ, 2000, p. 43).

concretizada à luz do caso concreto<sup>174</sup>. Passa-se mesmo a falar em pós-compreensão na busca da norma em face do evento a ser regulado<sup>175</sup>. O caminho da interpretação inverte-se, à luz da hermenêutica filosófica de Wittgenstein<sup>176</sup>. Inicia-se a compreensão da norma no caso concreto contextualizado socialmente para o texto constitucional e legal integrado em princípios e regras.

Segundo Kelly Susane Alflen da Silva (2000), a partir das teses de Friedrich Müller sobre concreção dos princípios judiciais, deixa-se de procurar a norma na semântica dos textos legais para *concretizá-la* no ato de sua aplicação. É aplicando que a norma jurídica revela sua mensagem, e não antes na semântica pura do texto ainda incompleto<sup>177</sup>. Ou seja, “a normatividade não pode se desencadear senão no processo de resolução do caso concreto” (ALFLEN DA SILVA, 2000, p. 423):

Concretização da norma significa isto, que: em primeiro lugar, o texto de norma não se identifica com a norma; em segundo lugar, o texto de norma constitui o ponto de partida do processo de concretização iniciado tanto por parte do direito em vigor, quanto por parte dos fatos, pelas circunstâncias das coisas a solucionar; em terceiro lugar, o texto de norma desenvolvido durante o processo de solução do caso é mais concreto que o texto de norma, pois é mais estritamente

---

<sup>174</sup> Introduzindo lições sobre os princípios de interpretação constitucional, como os da unidade da Constituição, da concordância prática, etc. Inocêncio Mártires Coelho pontua, apoiando-se em Böckenförde, “que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que não encerram interpretação de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limites – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica” (COELHO, 2007, p. 97).

<sup>175</sup> “(...) as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, porque é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. (...) Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (...), e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (...). Por isso Häberle introduz o conceito de pós-compreensão (Nachverständnis), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende ‘supervenientemente’ uma dada norma” (MENDES, 2007, p. XIV-XV).

<sup>176</sup> Sobre a reviravolta hermenêutico-pragmática da filosofia moderna, ver Manfredo Araújo de Oliveira (2001, p. 117 e seg.).

<sup>177</sup> “Concretização, de acordo com a teoria estruturante do direito, ao inverso de uma subsunção, não designa além de um esquema de descoberta do direito, quer dizer, concretização não designa invalidamente a redução de uma norma geral dada sobre a dimensão do caso de espécie, porém, uma produção de uma norma jurídica geral no marco da solução de um caso determinado. Nesse sentido, pela teoria estruturante do direito, concretizar uma norma, de forma alguma quer dizer que a norma jurídica existe previamente à superveniência do caso concreto e à sua solução” (ALFLEN DA SILVA, 2000, 421-422).

vinculado, sob o ponto de vista tipológico, ao caso concreto (...) Por essas razões que o termo concretização é, precisamente, apropriado para designar o processo de concretização da norma de modo contrário a uma consideração pseudo-ontológica da doutrina positivista, para a qual a norma jurídica é um dado prévio.

(ALFLEN DA SILVA, 2000, p. 423-424)

Concretizar é, pois, *produzir* a norma do caso concreto, achar a solução mais adequada para determinado litígio a partir do sistema de normas abstratamente concebidas *a priori*, que *orienta* o processo de decisão do caso concreto. É, assim, uma forma criativa, como anunciava Kelsen, de operacionalizar os comandos legais. Aplicar a norma é interpretá-la, e interpretar é compreender o fato à luz do sistema normativo. Nesse sentido, “a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto” (COELHO, 2007, p. 29).

Entre o Direito positivado e a concretização da norma para o caso concreto encontra-se o ser humano estruturado linguisticamente e impregnado de pré-conceitos culturais. Os signos linguísticos, que tinham para a filosofia da linguagem até a primeira fase das obras de Wittgenstein a função de designar os objetos já conhecidos pelo sujeito que as conhece porque cogita (“penso, logo existo” de Descartes)<sup>178</sup>, passam a ser, a partir da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia, operados pelo próprio Wittgenstein na segunda fase de seus trabalhos, condição e limitação da compreensão humana.

---

<sup>178</sup> “Desde o Crátilo de Platão, a linguagem é considerada como instrumento secundário do conhecimento humano. O mundo conhecido reflete-se valendo-se das frases da linguagem. (...) Na realidade, para a execução dessa tarefa de comunicação do já conhecido sem a linguagem, a linguagem sempre foi vista pela tradição como uma mediação necessária. Nesse sentido, poder-se-ia falar que a linguagem é condição de possibilidade da comunicação do resultado do conhecimento humano, porém nunca (...) é condição de possibilidade do próprio conhecimento humano.” (OLIVEIRA, 2001, p. 119) E mais adiante: “Em suma, as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências. Esses objetos são dos mais diferentes tipos, havendo mesmo objetos muito especiais, os fatos, as situações objetais, designados pelas frases. (...) A frase representa, por semelhança estrutural, o estado de coisas por ela referido. (...) A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir” (*idem*, p. 121).



A filosofia da linguagem abandona a pretensão de exatidão da semântica abstrata (dentre eles os textos constitucional e legal)<sup>179</sup>, demonstrando que o significado, ou melhor, a compreensão mais aproximada possível dos signos linguísticos depende do contexto em que o signo linguístico está inserido, bem como do “adestramento” cultural do sujeito que interpreta o signo nesse contexto<sup>180</sup>.

A gramática que orienta a compreensão do Direito dependerá, portanto, do contexto cultural e da tradição de determinada sociedade política. E ruptura com as teorias formalistas como a de Kelsen, por exemplo, evidencia que a conclusão da filosofia hermenêutica chega à Teoria do Direito, cuja repercussão do caráter indeterminado do texto, dependente do contexto, remete à ideia de processo de aprendizagem, em última instância alimentado pela história e pelos princípios construídos no seio de uma sociedade política específica, a qual pode ser mais ou menos plural, mais ou menos tolerante.

A ideia de processo de aprendizagem, assim como a filosofia da linguagem, ajuda a Teoria do Direito a tomar consciência do caráter contingente do conteúdo substantivo da Constituição, aberto à possibilidade de

---

<sup>179</sup> “Ora, é exatamente o exame atento desses contextos que nos vai mostrar que usamos as palavras não de acordo com uma significação definitiva, estabelecida de antemão, nem também de modo arbitrário (uma das teses do nominalismo), mas de acordo com semelhanças e parentescos. Nesse sentido, podemos dizer que nossa linguagem é, sempre, de certo modo, ambígua, uma vez que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender abandonar essa ambiguidade na busca de uma exatidão absoluta, como Wittgenstein fez no *Tractatus*, aparece-lhe, agora, como abandono da linguagem real na busca de uma ilusão metafísica. Esse espaço de vaguidade, essencial aos conceitos da linguagem comum, é o que Waismann chama de ‘*open texture*’, Stegmüller de ‘abertura de conceitos’. (...) afastar toda e qualquer vaguidade é impossível, pois isso pressupõe conceitos cuja significação está estabelecida de modo definitivo e não podemos, a priori, estabelecer regras para todos os casos. A possibilidade do aparecimento de casos não previstos está sempre aberta: daí o termo ‘abertura dos conceitos’. Nossos conceitos são essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos” (OLIVEIRA, 2001, p. 131) (destaque do original).

<sup>180</sup> “A ideia de jogos de linguagem pretende acentuar que, nos diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões linguísticas. Ora, se assim é, então a Semântica só atinge sua finalidade chegando à Pragmática (...) Uma consideração linguística que não atinge o contexto pragmático é, nesse sentido, essencialmente abstrata (...) Saber usar corretamente as palavras significa saber comportar-se corretamente” (OLIVEIRA, 2001, p. 139). Noutro trecho: “Entre os mais diversos jogos de linguagem possíveis, o que talvez pudesse ser considerado elemento comum seria o uso normativo de símbolos linguísticos num processo de internalização de normas e papéis no processo comunicativo intersubjetivo. A linguagem é considerada na dimensão última (...) processo de interação social. Poder usar linguagem significa, então, ser capaz de inserir-se nesse processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização. Ora, tal capacitação é algo historicamente adquirido. Apesar de a linguagem pertencer, naturalmente, à vida do homem, o poder de usá-la é uma capacidade adquirida por meio de um adestramento, ou seja, de um verdadeiro aprendizado das normas e dos papéis implicados nesses atos” (OLIVEIRA, 2001, p. 143).

uma nova aplicação decorrente de sua abertura (imprecisão) semântica e da possibilidade de mudança dos contextos em que estão inseridos os *jogos de linguagem*.

É preciso, então, questionar como a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia lida com a contingência do Direito traçado pela filosofia da linguagem, levando em consideração, sobretudo, a ideia de processo democrático e a da legitimidade da jurisdição constitucional. Se o Direito é contingente, como podemos aferir a legitimidade do Direito concretizado pelo Judiciário?

Enquanto sistema social autônomo que visa à integração social, a reprodução autopoiética do Direito tem de regular tanto alguns aspectos da economia quanto do exercício do poder político<sup>181</sup>. Ocorre que os sistemas autônomos não admitem toda e qualquer forma de regulamentação/restrrição operada por meio do Direito, como visto no capítulo anterior ao analisar-se a ideia de justiça como igualdade complexa. A economia precisa manter-se eficiente e o sistema político competitivo para contribuírem com suas parcelas de integração social<sup>182</sup>. Em face do sistema econômico (orientado pelo dinheiro) e do sistema político (visando à conquista e à manutenção das posições de poder), o sistema jurídico com eles se comunica e pode ser influenciado tanto positiva quanto negativamente por meio do processo de

---

<sup>181</sup> “Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora. Aqui, facticidade e validade encontram-se numa relação externa, pois ambos os momentos, o das implicações de sentido do direito vigente e o das limitações sociais, às quais as decisões jurídicas estão submetidas de fato, podem ser descritos isoladamente” (HABERMAS, 1997-I, p. 55),

<sup>182</sup> “Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e procedimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo [nos governos e administrações parlamentaristas] constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas, dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A ‘mão invisível’ do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se na ordem do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. Desta maneira, o direito está ligado às três fontes de integração social” (HABERMAS, 1997-I, p. 61-62). Valendo-se de uma cidadania orientada pelo entendimento (e não sistematicamente dependente dele ou de consensos sociais), o Direito conseguiria assim manter-se fiel à sua autocompreensão, fundada, sobretudo, nos direitos fundamentais, a assegurar autonomia privada e pública ao cidadão. É o pressuposto do processo democrático para evitar a sua colonização pelos demais sistemas e a alopiése do Direito no caso das sociedades periféricas trabalhada por NEVES (1994; 1997).

programação do Direito (legislação). Por essa porta, o Direito abre-se à atuação legitimadora de uma sociedade civil estruturada em rede que permeia o mundo da vida e que influencia o processo político por meio do poder comunicativo gerado livremente no espaço público (HABERMAS, 1997-I, cap. 4; idem, 1997-II, cap. 8). Dessa forma, as estruturas de solidariedade existentes na sociedade podem institucionalizar-se na forma jurídica, seja na criação de direitos ou por meio de programas governamentais, compensando a desintegração social causada pelos demais sistemas, fazendo frente à tendente instrumentalização do sistema jurídico operado pelo dinheiro e pelo poder<sup>183</sup>.

Nesse contexto, a relação *externa* entre facticidade (pressão sistêmica que tende à colonização do Direito) e validade (racionalidade universalizante das normas) revela-se no processo legiferante, cujo procedimento deve assegurar a discursividade necessária para que a esfera pública não distorcida possa tematizar e influenciar a programação do Direito à luz da ideia de razão pública. Seus resultados serão tão mais legítimos quanto mais assegurar o assentimento racional (aceitabilidade) dos destinatários da norma:

A ideia de Estado de direito coloca em movimento uma espiral de autoaplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito *a partir de fora*. O aperfeiçoamento do Estado de direito pode ser entendido como uma sequência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias, o qual contradiz a sua autocompreensão normativa. E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para uma elaboração normativa.

---

<sup>183</sup> “(...) nos imperativos funcionais do aparelho estatal, do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar a sua imposição meramente factual. Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas” (HABERMAS, 1997-I, p. 62).

(HABERMAS, 1997-I, p. 61) (destaque do original)

Assim, da tensão externa entre a programação legítima do Direito e a tendência de corrompê-lo dos demais sistemas<sup>184</sup>, o Direito apela (e depende) de uma cidadania orientada para a reprodução de solidariedade social comunicativamente construída, ou seja, de um agir orientado não para a obtenção de vantagens pessoais típicas do agir instrumental (meios a fins), mas para estabelecer normas compatíveis com princípios a todos aplicados de forma a reproduzir institucionalmente a já existente solidariedade do mundo da vida<sup>185</sup>.

O Direito munuiu-se ao longo do constitucionalismo do Estado Social e Estado Democrático de Direito de instrumentos hermenêuticos mais sofisticados, de um rol de direitos mais completo – descrito em gerações de direitos (SARLET, 2010, p. 25 e seg.) –, valendo-se da releitura paradigmática dos princípios da igualdade e de liberdade (CARVALHO NETTO, 2004), da reconstrução da Teoria do Direito por meio da Teoria da Constituição (CANOTILHO, [?], p. 1286-1287), a partir da hermenêutica filosófica e da virada linguístico-pragmática (OLIVEIRA, 2001; QUEIROZ, 2000), procurando

---

<sup>184</sup> “É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão profana dos imperativos funcionais da reprodução social, ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção idealista de legitimá-los” (HABERMAS, 1997-I, p. 62-63) (destaques do original).

<sup>185</sup> “Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’. As leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos de supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente. (...) Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento” (HABERMAS, 1997-I, p. 52-53) (destaque do original). Noutro trecho: “Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social” (HABERMAS, 1997-I, p. 62).

desempenhar o papel de instrumento de integração social das sociedades atuais.

Essa tensão entre facticidade e validade, que remete a um sistema de solidariedade formado pela sociedade civil, revela-se também na interpretação do Direito no contexto da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, o que vai produzir um espaço público jurídico em torno das questões intrincadas envolvendo a aplicação da Constituição. Aqui, o agir instrumental ou estratégico pode também fazer-se presente, valendo-se de interpretações que só aparentemente visam reafirmar os princípios constitucionais.

O sistema jurídico requer uma solidariedade produzida socialmente – que deve fazer-se presente tanto no processo legiferante quanto no processo de compreensão/aplicação do Direito. Essa solidariedade, por sua vez, depende da existência de um sentimento de patriotismo constitucional que substitua o velho nacionalismo etnocêntrico no papel de motivar republicanamente a cidadania. Para dar conta da tarefa que lhe pesa de regular os demais sistemas, a Constituição precisa fazer crer que o sistema de direitos por ela implementado efetivamente assegura o que promete. A Constituição deve fazer-se acreditar, sob pena de paulatinamente perder juridicidade, levando a cidadania a rejeitar o próprio regime democrático que ela anuncia instaurar. Assim sendo, a concretização da Constituição pelo Judiciário e pelo Legislativo precisa ser racional. Só assim se (re)produzirá um sentimento de identidade da cidadania na ordem jurídica estabelecida e no processo político democrático: “(...) trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática” (CATTONI, 2006, p. 68).

A legitimidade do Direito, na medida que precisa fazer jus a esse sentimento de patriotismo constitucional, revela a tensão existente entre a facticidade e a validade no *interior* do sistema jurídico:

A legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última

instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas. Outros fatores, tais como, por exemplo, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e o mero costume, precisam estabilizar uma ordem jurídica substitutiva, e isto se torna tanto mais imperioso, quanto mais fraca for sua legitimidade.

(HABERMAS, 1997-I, p. 50)

Nesse sentido, a integração social depende não só de um Direito que se faz sentido universalmente (sistema de ação/*law enforcement*), mas também e em grande medida da sua própria racionalidade (enquanto sistema de saber). Ou seja, para cumprir o papel esperado de sistema de integração social, o Direito precisa se justificar racionalmente na sua forma abstrata de lei geral e também na forma concretizada que se faz aplicada pelos tribunais, a fim de manter coerência e a aceitabilidade (racionalidade) das normas, conferindo mais eficiência ao Direito pelo fato de as pessoas poderem aderir às normas por um sentimento de respeito à lei.

A racionalidade normativa, entretanto, não é algo evidente e uniforme, sobretudo nas sociedades plurais, que produzem divergências de valores e de compreensões sobre a vida no interior dos Estados, gerando os *dissensos fundamentados*<sup>186</sup>.

A racionalidade das decisões judiciais depende, assim como a racionalidade geral, de um pano de fundo compartilhado entre seus atores, o qual é preenchido pela tradição ou pela deliberação. Os riscos de dissensos sobre o conteúdo do Direito tornam-se reflexivos e suscetíveis ao dissenso racional dentro e fora do sistema. Fora do discurso especializado, é levada à esfera pública a validade de preceitos normativos e de argumentos em geral<sup>187</sup>,

<sup>186</sup> Sobre o termo *dissenso fundamentado*, conferir Habermas (1997-I, p. 56-60).

<sup>187</sup> “O que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente. Como no caso do caráter ideal do significado em geral, na linguagem, a dimensão da validade constitui-se através de uma tensão entre facticidade e validade: a verdade e as condições

creditada em última instância às convicções e intuições dos indivíduos e das comunidades. Proposições de toda ordem (de correção normativa ou sobre a verdade de fatos) podem ser apoiadas ou problematizadas por argumentos desvalorizadores (HABERMAS, 1997-I, p. 57) ao serem confrontados por argumentos racionalmente mais convincentes ou por divergências (legítimas) baseadas em visões de mundo pluralisticamente diferentes:

Enquanto a coordenação da ação, e com ela o entrelaçamento de interações, transcorrer pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o médium da integração social. Os atores estão convencidos acerca daquilo que entendem e têm como verdadeiro. Por isso, podemos ter duas atitudes frente a convicções que se tornam problemáticas: ou as apoiamos, lançando mão de argumentos, ou as rejeitamos. No entanto, argumentos não são disposições para se ter opiniões que possam ser descritas naturalisticamente; eles constituem, ao invés disso, a garantia de uma troca discursiva, através da qual são resgatadas pretensões de validade criticáveis. Os argumentos devem sua força racionalmente motivadora a uma relação interna com a dimensão do significado e da validade de expressões linguísticas. E constituem naturalmente uma faca de dois gumes, porque tanto podem fortalecer convicções, como estremecê-las. (...) A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.

(HABERMAS, 1997-I, p. 56-57)

Tornado precário os consensos sociais nas sociedades pós-tradicionais, tem-se o aumento do risco de *dissensos fundamentados*, o que sobrecarrega a integração social promovida por meio das estruturas simbólicas “mediad[as] através de interpretações e convicções” (HABERMAS, 1997-I, p. 57). A contingência decorrente dessas condições de validade criticáveis torna precário o próprio pano de fundo formado por *standards* de racionalidade (HABERMAS, 1997-I, p. 57-58) que permitem uma comunicação mais efetiva. Esses dissensos só podem ser trabalhados e compensados nas sociedades atuais “prolongando os discursos” (HABERMAS, 1997-I, p. 59) sobre temas

---

discursivas para a aceitabilidade racional de pretensões de verdade esclarecem-se mutuamente” (HABERMAS, 1997-I, p. 56).

polêmicos, o que resulta em perda de integração social gerada pelo entendimento intersubjetivo que é formado espontaneamente no mundo da vida.

A racionalidade pré-moderna fundia “facticidade e validade na dimensão de validade das convicções condutoras do comportamento que estavam ligadas a imagens de mundo sagradas e à autoridade ‘fascinante’ de grandes instituições” (HABERMAS, 1997-I, p. 58). A *circunscrição* dos discursos prescritivos tornava os consensos tradicionais menos expostos à crítica reflexiva porque submetidos ao “silenciamento da crítica” (*idem, ibidem*)<sup>188</sup>. A integração social era produzida pela aceitação da autoridade sagrada. Liberado o agir comunicativo desses freios a resgates discursivos de validade não criticáveis, o entendimento intersubjetivo passa a depender de discursos não circunscritos prolongados que não permitem gerar a integração social como na pré-modernidade, então atrelada a uma tradição menos heterogênea. Ainda assim, a integração social gerada pelo entendimento mútuo não pode ser abandonada, sobretudo nas sociedades complexas, “que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo” (HABERMAS, 1997-I, p. 58)<sup>189</sup>. A integração social gerada pelo entendimento (adesão ou concordância espontânea) só pode ser obtida, nesse contexto de supercomplexidade, por meio da liberação dos dissensos e da crítica que são, nas sociedades modernas, tematizadas na esfera pública.

O Direito, por meio do fechamento estrutural operado com o advento das Constituições escritas e rígidas (LUHMANN, 1985; 1990), compensa o déficit de integração social resultante do prolongamento dos discursos de entendimento, expostos agora aos dissensos fundamentados, circunscrevendo seus discursos às normas válidas constitucionalmente e aplicadas por uma

---

<sup>188</sup> Continua: “(...) as normas e valores autoritários passam a formar para os que agem comunicativamente um leque de dados que permanece subtraído à corrente de problematização de seus processos de entendimento” (HABERMAS, 1997-I, p. 58).

<sup>189</sup> Continua: “(...) surge uma situação paradoxal, na qual o agir comunicativo não circunscrito não está em condições de carregar seriamente o fardo da integração social, nem tampouco, de livrar-se dela” (HABERMAS, 1997-I, p. 58-59).



dogmática jurídica em tempo razoável, estipulado na forma de prazos, o que evita o problema crônico da falta de integração social gerada pela demora da obtenção do entendimento, estabilizando as expectativas de comportamento que se tornariam críticas sem o sistema jurídico.

O direito positivo, a partir de suas normas cogentes, interrompe o processo de resgatabilidade crítica discursiva e os riscos de desintegração causados por dissensos, “na medida em que os destinatários não podem questionar a validade das normas a serem seguidas” (HABERMAS, 1997-I, p. 59), a não ser judicializando a questão<sup>190</sup>. Com o Direito assegurando uma parte das expectativas de comportamento por meio dessa imunização à crítica reflexiva de dissensos fundamentados, ele coopera sobremaneira com a integração social comunicativa, permitindo o prolongamento livre dos discursos de entendimento intersubjetivos e para a esfera pública que se debruça sobre as questões socialmente relevantes são levadas as próprias normas do Direito vigente, evitando assim uma arbitrariedade no discurso de validade/aceitabilidade do Direito, como ocorria nos discursos de autoridade da pré-modernidade, uma vez que ele mesmo é posto a prova pela crítica da razão pública intersubjetiva. O Direito positivo, nesse sentido, não encerra sua pretensão à legitimidade com o fim do processo legislativo<sup>191</sup>, mas continua submetido também a um critério de aceitabilidade social que pode levar, em última instância, a um posterior aperfeiçoamento por meio do processo político que permanece sensível às demandas sociais ou mesmo por meio da jurisdição constitucional:

Enquanto, no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validade jurídica ambos os momentos se separam um do outro – a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apoia a sua pretensão de legitimidade. Essa dupla

---

<sup>190</sup> Daí que quanto mais irracional for o processo legislativo e a própria jurisdição, em tese mais judicializáveis se tornam os problemas sociais que decorrem da não aceitabilidade da lei ou ato normativo.

<sup>191</sup> “Ora, a positivação completa do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com e eticidade convencional, vai apresentar-se com uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não-circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão de trabalho” (HABERMAS, 1997-I, p. 59).

codificação remete, de outro lado, à circunstância de que a positividade e a pretensão à legitimidade do direito também fazem jus à comunicação não circunscrita que expõe, em princípio, todas as normas e valores ao exame crítico. Os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários. Na verdade, esse processo de legitimação torna-se um componente do sistema jurídico, uma vez que ele próprio necessita da institucionalização jurídica frente às contingências da comunicação do dia a dia, que flutua sem uma forma determinada. Sem prejuízo dessa limitação da comunicação, o risco constante da contradição é prolongado discursivamente e transformado na força produtiva de uma formação política, presumivelmente racional, da opinião [pública] e da vontade [institucionalizada/parlamentar].

(HABERMAS, 1997-I, p. 59-60)

Em suma, o direito positivado pelo processo legislativo é objeto de aceitação imediata pelos seus destinatários, que podem apenas judicializar a questão. Ocorre que praticamente nenhuma norma jurídica está isenta à crítica pública, *locus* em que o critério da aceitabilidade racional de suas normas é efetivamente posto à prova.

No sentido de um Direito que precisa legitimar-se a partir da racionalidade de suas normas, surge assim a necessidade de dar eficácia/efetividade ao Direito posto, em grande parte concretizado, desde o paradigma do Estado Democrático de Direito, pela jurisdição constitucional.

A irracionalidade da lei ou da jurisprudência compromete a estabilização de expectativas de comportamento, porque coloca em xeque o próprio sistema jurídico (Constituição e jurisdição) e político, prejudicando ainda a integração gerada pela reprodução autônoma dos demais sistemas e aquela decorrente da integração social gerada pelo entendimento, já em grande parte diferida pelos dissensos fundamentados. A irracionalidade das normas jurídicas aumenta também as impugnações das normas em sede de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), sobrecarregando os tribunais e prejudicando, nesse passo, a eficiência e a racionalidade nos trabalhos dos tribunais.

Assim sendo, a hermenêutica jurídica passa a depender, nesse complexo contexto social, não só dos princípios hermenêuticos que auxiliam o intérprete na concretização do Direito positivo sob a perspectiva interna do discurso normativo do Direito (como se encontra justificado na ementa do julgado que cancelou a Súmula 394<sup>192</sup>), mas depende de uma Teoria do Direito constitucionalmente adequada, a qual por sua vez não dispensa uma filosofia política e uma sociologia jurídica que lhe sirvam de substrato de racionalidade a orientar o processo democrático que é regulado pelo próprio Direito, internalizando de certo modo a distinção entre legitimidade (racionalidade/aceitabilidade) e legitimação (observância do procedimento desvinculado de pretensões de racionalidade/aceitação fática).

A aceitabilidade da qual dependem sobremaneira as decisões dos Tribunais Constitucionais para se legitimarem no Estado Democrático de Direito depende do sentido e do papel que se dá à Constituição e aos direitos fundamentais. Sem isso muito claro, não se tem clareza de como interpretar e aplicar as mensagens constitucionais.

O risco mais evidente já foi apresentado nos capítulos anteriores, sobretudo ao trabalhar o neoconstitucionalismo espanhol. A nova hermenêutica começa em alguma medida a subtrair da cidadania uma parcela de autonomia. O simples equívoco de determinada decisão pode levar à reprodução de um sistema social de sobreintegração, ferindo a ideia de igualdade que se diz afirmar (caso do cancelamento da Súmula 394).

A jurisdição não pode se tornar “um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade” (HABERMAS, 1997-I, p.347). O Poder Legislativo e o Poder Judiciário, quando “infringem” os parâmetros delineados pela ideia de autonomia pública e privada, terminam como atores produtores de conflito social, prejudicando a efetividade do sistema jurídico<sup>193</sup>. O Direito serve de reforço à integração social tão somente quando se mostra racional, comunicativamente convincente, contribuindo de forma adequada com a

---

<sup>192</sup> Questão de Ordem no Inquérito 687-4/SP, rel. min. Sydney Sanches, julgado em 25/8/1999.

<sup>193</sup> No caso dos tribunais, nosso foco aqui, novamente o exemplo da Súmula 394.

efetividade dos demais sistemas, quando então é capaz de reforçar a cidadania de que depende sua legitimidade:

Nos domínios da ação não formalizada, a possibilidade de contextualização de uma aplicação de normas, dirigida à totalidade da constituição, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ela significa um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos.

(HABERMAS, 1997-I, p. 306)

Se o Direito, por meio do acoplamento estrutural com a política, operado com o advento das Constituições escritas e rígidas, passa a filtrar as normas abstratas do processo legiferante por meio de critérios formais e substantivos (código constitucional/inconstitucional) (LUHMANN, 1990), assegurando, assim, por meio do discurso dos direitos fundamentais, a autonomia privada e pública da cidadania, ele precisa, para se justificar a partir de princípios, de *normas de fundo*<sup>194</sup> que lhe sirvam de *standards* de racionalidade. Como juízes não podem mais se valer simplesmente do instrumental hermenêutico do paradigma liberal legalista, eles estão constringidos, sob as condições da hermenêutica atual e da Teoria da Constituição, a assumir determinada tendência ideológica (uma filosofia política) mais ou menos dominante, não conseguindo, ainda que se alegue neutralidade, justificar uma aplicação de forma imparcial, desprovida de uma filosofia de fundo (ainda que irrefletida, e.g., numa dogmática jurídica):

(...) podemos concordar com a afirmação de que a quebra da neutralidade do juiz não se dá apenas diante de seu ativismo, mas pode restar também evidenciada com a manifestação de atitudes conservadoras. Ambos os extremos se mostram como formas de partidarização do juiz, e, a abstenção do Magistrado, por comodismos, inclinações pessoais, timidez ou qualquer característica pessoal sua, diante de situações peculiares da atividade judicante, também consubstanciará uma forma de compromissos políticos com

---

<sup>194</sup> “O paradigma liberal do direito expressou, até as primeiras décadas do século XX, um consenso de fundo muito difundido entre os especialistas em direito, preparando, assim, um contexto de máximas de interpretação não questionadas (...) De fato, toda ordem jurídica que se justifica a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sunstein qualifica como ‘normas de fundo’” (HABERMAS, 1997-I, p. 313).

certas tendências dominantes na sociedade, em dados momentos de sua história.

(CIARLINI, 2010, p. 96)

Os juízes têm de se socorrer de um pano de fundo que remete necessariamente a uma filosofia política, sob pena de procederem de forma casuística ou irracional do ponto de vista do processo democrático, prejudicando a integração social e o papel simbólico do Direito enquanto sistema de saber e na forma de um patriotismo constitucional.

No contexto atual dos direitos fundamentais como princípios jurídicos, a jurisprudência precisa atentar-se para o processo democrático, evitando provimentos que venham a invalidar escolhas políticas democrática e racionalmente tomadas, ainda típicas do legislador, o qual detém, na Teoria da Constituição atual, o papel de *representação* dos interesses republicanos. O próprio Judiciário torna-se ele mesmo um ator ideologicamente suspeito: “perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político.” (HABERMAS, 1997-I, p. 343)

Diante da suspeição ideológica colocada sobre os tribunais que concretizam princípios, eles têm de se justificar de modo que suas decisões não se confundam com um ativismo *político ou ideológico*, uma vez que o próprio republicanismo, ao contrário do que se costuma cogitar, sugere um ativismo judicial na proteção das normas procedimentais que conformam o processo político e democrático (ELY, 2010)<sup>195</sup>.

Os tribunais só podem imunizar-se da crítica se estiverem em alguma medida reproduzindo a autonomia pública e privada. Os juízes têm de

---

<sup>195</sup> “O interessante é que o republicanismo, ao contrário do que sua inspiração democrático-radical talvez faça supor, não se transforma no advogado do autocontrole judicial. Ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. Na medida em que a política deliberativa é renovada através do espírito da política aristotélica, esse conceito permanece referido às virtudes do cidadão orientado pelo bem comum. E essa imputação da virtude coloca o processo democrático, do modo como ele se desenvolve realmente nas democracias de massa do Estado social, na luz pálida de uma política instrumentalisticamente desvirtuada, ‘decaída’” (HABERMAS, 1997-I, p. 343).

levar em conta, assim, um conceito normativo de processo democrático e incorporá-lo ainda que como pano de fundo de suas decisões. Ressalte-se novamente que qualquer decisão, como descrito por Ciarlini, sempre evidenciará a postura ideológica do julgador, ainda que a neutralidade seja a bandeira e o fundamento de sua decisão.

O termo ativismo judicial deve ser reconstruído nesse contexto como *resultado natural* do paradigma teórico-hermenêutico atual de concretização/aplicação do Direito. O termo ativismo judicial decorre de um estranhamento teórico do paradigma precedente. Hoje, o ativismo judicial não é algo em si patológico, como sugere ainda parte da doutrina nacional. O que é ilegítimo não é o ativismo judicial, que nada mais é do que decidir concretizando princípios jurídicos. O que preocupa é um ativismo *político* das Cortes, a falta de imparcialidade ou a incorreção na fundamentação de uma decisão.

A questão do ativismo, da racionalidade e da legitimidade do Direito e da jurisdição constitucional depende da forma e do papel que se atribui à Constituição. Há de se compreender e aplicar os direitos fundamentais e o significado do processo democrático como forma de situar o provimento final segunda a finalidade legítima. É à procura dessa finalidade, ou seja, do papel atribuído à Constituição, que surge a necessidade de uma filosofia política a informar a concretização da Constituição. Para demonstrar a adequada dimensão da função da Constituição e dos direitos fundamentais no âmbito de uma Teoria da Constituição é preciso compreender melhor a ideia de processo democrático.

### **3.2 Processo democrático, política deliberativa e hermenêutica jurídica**

As diferentes compreensões do papel da Constituição e dos direitos fundamentais remetem necessariamente à filosofia política que orienta a ideia de processo democrático. As duas maiores tradições da filosofia política permitirão alinhar uma reconstrução apropriada ao contexto teórico e social

do Estado Democrático de Direito. O liberalismo político e o republicanismo vão conformar os traços do conceito de política deliberativa.

A partir das diferentes visões sobre o processo político e democrático, os papéis dos direitos fundamentais e da Constituição assumem, segundo o modelo de referência, funções diversas, fato que repercute no processo de concretização/aplicação do Direito. Sem esclarecer minimamente a feição da filosofia política que a Teoria da Constituição tem de lançar mão, as fronteiras de legitimidade da jurisdição perdem a oportunidade de se delimitarem de forma ainda mais nítida<sup>196</sup>.

O debate liberalismo-republicanismo é apresentado segundo os estudos reconstrutivos de Habermas<sup>197</sup>, que sugerem um modelo de política deliberativa a partir dessas duas tradições.

Para o liberalismo político, a Constituição tem a função de estabelecer regras de proteção dos sujeitos contra o Estado. As pessoas, nesse modelo, agem na forma de uma sociedade estruturada segundo o paradigma do mercado<sup>198</sup>. Os cidadãos, tanto na vida privada como na pública, estão orientados primeiramente pela busca da própria felicidade. O processo político eleitoral e as pressões que surgem na opinião pública visam a impactar a administração pública a partir da visão de sociedade que o grupo dominante compartilha. Nesse sentido, a contingente minoria deve usar os direitos fundamentais de liberdade para mobilizar a sociedade para as disputas no espaço público visando à competição eleitoral com o grupo majoritário. A administração pública é vista como um ator a mais com os quais os indivíduos têm de lidar, podendo exercer influência sobre sua atuação na medida em que

---

<sup>196</sup> “A existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de direito. E, mesmo onde elas existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfeixamento institucional de funções, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição” (HABERMAS, 1997-I, p. 298) (destaque do original).

<sup>197</sup> Conferir Habermas (1997, Vol. I e II, *passim*; 2003, p. 153 e seg.; 2004, p. 277 e seg.) Ver também Cattoni (2000, p. 49 e seg.) e Cittadino (2000, p. 75 e seg.). Aplicando ao controle de constitucionalidade brasileiro, conferir Ximenes (2010, p. 23 e seg.).

<sup>198</sup> Ver *A Constituição parcial*, capítulo 3, de Cass Sunstein (2009, p. 85 e seg.).

amealham parte do poder político, que se encontra em regra dividido entre os vários grupos sociais que competem entre si.

Para o liberalismo, os direitos individuais e os direitos políticos são direitos negativos, opostos às ameaças do Estado, essencialmente. Eles asseguram um espaço de liberdade, no qual o indivíduo atua segundo seu interesse projetado a partir de sua situação social. Assim como os direitos individuais, os direitos políticos são direitos pré-políticos, anteriores à institucionalização da sociedade. O processo eleitoral apresenta-se paradigmaticamente concebido segundo o modelo do mercado: como uma competição a ser travada entre interesses pessoais. A formação da vontade política é construída a partir da convergência dos interesses privados associados para a disputa eleitoral e das negociações travadas para esse fim específico:

O centro do modelo liberal não é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, mas sim a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade de cidadãos produtivamente ativos.

(HABERMAS, 2004, p. 288)

Para a política deliberativa os direitos políticos institucionalizam um processo público de “participação em uma práxis comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais” (HABERMAS, 2004, p. 280). O processo político tem de dar vazão às demandas de uma sociedade estruturada também por normas de solidariedade intersubjetiva, voltada à consecução do bem-estar social, traço esse característico do republicanismo:

Esse estabelecimento da vontade política horizontal voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa deve gozar até mesmo de primazia, se considerado do ponto de vista tanto genético quanto normativo. Para a práxis de autodeterminação por parte dos cidadãos no âmbito do Estado, aceita-se uma base social autônoma que independa da administração pública e da mobilidade socioeconômica privada, e que impeça a comunicação política de ser tragada pelo Estado e assimilada pela estrutura de



mercado. Na concepção republicana, confere-se significado estratégico tanto à opinião pública de caráter político quanto à sociedade civil, como seu sustentáculo. Ambos devem conferir força integrativa e autonomia à práxis de entendimento mútuo entre os cidadãos do Estado.

(HABERMAS, 2004, p. 278)

Distanciando-se do republicanismo, por sua vez, o conceito de política deliberativa não fica totalmente dependente da atuação pessoal engajada e altruísta dos cidadãos nos processos públicos deliberativos, aproximando-se do realismo de uma democracia representativa que é influenciada por um espaço público influente na formação da vontade parlamentar:

Segundo a concepção republicana, o povo (ao menos potencialmente presente) é portador de uma soberania que por princípio não se pode delegar: não é admissível que, em sua qualidade de soberano, o povo se deixe representar. O poder constituinte funda-se na práxis autodeterminativa de seus cidadãos, não de seus representantes. A isso o liberalismo contrapõe a concepção mais realista de que no Estado de direito democrático o poder estatal que nasce do povo só é exercido “em eleições e votações e por meio de organismos legislativos específicos, organismos do poder executivo e da jurisdição” (é o que se lê, por exemplo, na art. 2º, §2º, da Constituição da República Federal da Alemanha).

(HABERMAS, 2004, p. 291)

A política deliberativa compreende o argumento do liberalismo político de que a representação política constitui o núcleo do poder e assim ele é exercido. A política deliberativa reconhece que o processo político não tem à sua disposição uma soberania incontestável, pois a Constituição estabelece, além do processo político republicano, uma esfera de autonomia e direitos subjetivos fundamentais que não estão à disposição do processo legislativo ordinário – o que justificaria em alguma medida o papel de controle contramajoritário do Judiciário. Mas, ao contrário do liberalismo, considera os direitos fundamentais não como direitos naturais ou morais, mas conquistas históricas das sociedades modernas, aplicadas de forma coativa porque positivadas na Constituição.

A reprodução desse sistema de solidariedade assentado na práxis de uma sociedade civil orientada pelo uso público da razão é a base do conceito normativo da política deliberativa, a qual se utiliza do espaço público do liberalismo político, inicialmente lançado à competição de sujeitos que buscam a própria felicidade, para fazer valer os ideais republicanos da formação da opinião pública na esfera institucionalizada de formação da vontade política do parlamento<sup>199</sup>.

O processo político na política deliberativa depende da adesão de uma cidadania orientada ao entendimento e à consecução do bem-estar social, que influencie o debate institucionalizado do parlamento ao formular demandas, argumentos e opiniões que são então filtradas pelas estruturas de um espaço público político não distorcido, o qual deve ser capaz de apresentá-los como feixes de opiniões concretas, sobre temas específicos, perante o fórum institucionalizado do parlamento. Aqui, tais argumentos apresentam-se como *influência*, na forma de *coaço argumentativa e eleitoral*, sobre a formação da vontade parlamentar. Desse modo, a opinião pública ganha voz ativa, participa e interfere nos processos argumentativos (deliberativos) de formação da vontade parlamentar.

Há uma tendência em afirmar que a soberania popular se exerce periodicamente apenas por meio do voto, referendo, plebiscito ou por meio de iniciativa popular de projetos de lei (art. 1º, parágrafo único, e art. 14, incisos I, II e III, ambos da CF). Às formas diretas de exercício da soberania popular a política deliberativa acrescenta a esfera pública ancorada em uma sociedade civil organizada por meio de redes de comunicação informais. Trata-se de uma forma de exercício de poder sentido pela força do melhor argumento, sem um sujeito em si que enuncia uma opinião. Por isso, trata-se de uma soberania

---

<sup>199</sup> “O ponto mais interessante do direito racional que opera com a ideia rousseauiana e kantiana da autodeterminação é o da união entre razão prática e vontade soberana, a qual liberta o poder político de tudo aquilo que é apenas natural, conformando o exercício do poder político ao exercício da autonomia política dos cidadãos. (...) Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador” (HABERMAS, 1997-I, p. 235).

popular como processo (HABERMAS, 1997-II, p. 249-278), que se vale da discursividade da esfera pública política para assumir o papel de poder influente na formação da opinião pública e da vontade parlamentar. Ela tem por base os direitos de liberdade de expressão, de reunião, de associação, de petição, as regras de transparência da administração pública e das decisões políticas, os próprios direitos políticos interpretados de modo republicano, como direitos voltados ao trato da coisa pública. O cidadão engajado politicamente não dispensa, por sua vez, a proteção que lhe conferem os direitos privados, dentro do qual ele permanece protegido e imune à exposição pública e aos interesses econômicos ilegítimos, numa esfera de liberdade que funciona como um escudo contra a constrição ameaçadora do jogo de interesses em torno do processo político. Nesse contexto, a autonomia pública e a autonomia privada passam a ser os dois lados da mesma moeda. Daí a afirmação de Habermas de que elas são coprimordias e co-originárias. Há de se compreender os direitos fundamentais e o processo político sem que o papel de cidadão republicano ou o de indivíduo em busca de felicidade tenha que ser um reduzido pelo outro<sup>200</sup>.

Os princípios da publicidade e da transparência impõem aos representantes políticos a lógica da razão pública. A Teoria Discursiva da Democracia, informada pela política deliberativa, aposta nos procedimentos públicos do processo legislativo e administrativo, os quais asseguram a comunicação mútua e a formação discursiva da opinião pública e da vontade política. Supera-se o improvável exercício direto da soberania popular do republicanismo, garantindo, no entanto, esse exercício por meio da via

---

<sup>200</sup> “(...) torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originalidade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. Nada vem antes da prática de autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições da socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do direito. Temos que lançar mão do *medium* do direito, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantindo sua integridade.” (HABERMAS, 1997-I, p. 164-165)

comunicativa, consubstanciada na participação da cidadania e da sociedade civil organizada no espaço público comunicativo:

(...) uma soberania popular que se tornou sem sujeito, anônima e diluída de modo intersubjetivista, se retira para os procedimentos democráticos e para os pressupostos comunicacionais pretensiosos de sua implementação. Ela se sublima, assumindo a forma de interações herméticas que se estabelecem entre uma formação da vontade institucionalizada juridicamente e esferas públicas mobilizadas culturalmente. A soberania diluída comunicativamente vem à tona no poder dos discursos públicos, o qual resulta de esferas públicas autônomas. O poder comunicativo é exercido à maneira de um assédio. Mesmo não tendo intenções de conquista, ele interfere nas premissas dos processos de juízos e de decisão do sistema político, a fim de fazer valer seus imperativos, na única linguagem capaz de ser entendida pela fortaleza sitiada: ele administra o *pool* de argumentos que o poder administrativo pode, é verdade, manipular instrumentalmente, porém não ignorar, uma vez que é estruturado conforme o direito”.

(HABERMAS, 1997-II, p. 273)

Na soberania sem sujeito da esfera pública estruturada discursivamente, a representação democrática encontra-se sensibilizada pelo fluxo comunicativo gerado pela sociedade civil, filtrada pela esfera pública política e por ela apresentada como opiniões. Argumentos e fatos surgem no espaço institucional deliberativo do parlamento como que em forma de petições, que têm de ser consideradas.

As opiniões, palavras e votos dos representantes políticos encontram-se adstritos às questões atinentes a discursos que remontam a negociações e acordos, a questões pragmáticas sobre implementações de programas, passando por questões ético-comunitárias, até finalmente enfrentar discussões morais de caráter universalizante de justificação de normas abstratas (HABERMAS, 1997-I, p. 221-232). Tais formas de argumentação que incidem sobre uma proposta de lei são deixadas à discussão livre da esfera pública, na qual está inserido o parlamento:

Quando a soberania comunicativamente diluída dos cidadãos se faz valer no poder dos discursos públicos que resultam de esferas públicas autônomas e procedem democraticamente, tomando forma em resoluções de corporações legislativas politicamente responsáveis, não se sufoca o pluralismo das convicções e

interesses, o qual é liberado e reconhecido em compromissos e decisões da maioria. A unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não tenha sido exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não-circunscritas. No cambaleio dessa liberdade não há mais pontos fixos além do próprio processo democrático – um procedimento cujo sentido já está contido no sistema dos direitos.

(HABERMAS, 1997-I, p. 231-232)

À luz desse espaço público, o poder político representativo (Executivo e Legislativo), no paradigma do Estado Democrático de Direito, torna-se o destinatário da comunicação pública intersubjetiva de formação da opinião pública política. E tão somente na medida em que desempenha esse papel, de destinatário e representante da opinião pública, é que ele adquire legitimidade para representar a cidadania em geral.

Mas o que, afinal, deve ser entendido pelo termo processo democrático e qual seria a repercussão desse conceito na hermenêutica jurídica?

Canotilho, ao descrever as características das Constituições contemporâneas, enfatiza o caráter principiológico e aberto que elas adquirem após os dois primeiros paradigmas, cujo resultado é o abandono do legalismo e a conseqüente abertura de sentido da linguagem constitucional, na esteira da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea. Os textos legais carecem ser complementados de sentido no ato de sua aplicação. Daí as conclusões de Canotilho que começam a fundamentar a ideia de processo democrático a partir do conceito de Constituição aberta:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e

interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. [...] A perspectiva teórico-jurídica do “sistema constitucional”, tendencialmente “princípioalista” permite [a constituição] respirar, legitimar, enraizar e caminhar. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem valores, (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento perscruta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções, pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa segundo circunstâncias factuais e legais (Bin).

(CANOTILHO [4ª edição], p. 1126)

É esse sistema aberto de princípios e regras jurídicos que permite ao Direito assumir o compromisso com a democracia no contexto das sociedades plurais, realimentando uma cultura política capaz de legitimar um processo legiferante dependente, em última instância, da adesão perlocucionária de uma cidadania motivada, sobretudo, por um sentimento de patriotismo constitucional (HABERMAS, 2004, 127-152; CATTONI, 2006).

A jurisprudência encontra-se imersa nessa dinâmica social que modifica os contextos de aplicação e precisa orientar-se sob a perspectiva da política deliberativa, devendo reproduzir e legitimá-la, a um só tempo, assegurando o exercício da autonomia pública e privada que estruturam o conceito de processo democrático (HABERMAS, 1997 [vol. I e II], *passim*, 2004, p. 277-292, 2003, p.153-173). É com base no exercício dessas liberdades que o direito positivo passa a representar não só um instrumento de estabilização de expectativas, mas de liberdade e integração social<sup>201</sup>. É a

---

<sup>201</sup> Ao comentar Direito e Democracia, Habermas afirma (2007, p. 1): “O primeiro tópico – forma e função do direito moderno – deriva de uma controvérsia sociológica sobre a função do direito moderno. A questão é se o direito moderno é só um meio para o exercício de poder administrativo ou político ou se o direito ainda funciona como um *medium* para a integração social. Neste particular filio-me à posição de Emile Durkheim e Talcott Parson contra Max Weber: as normas jurídicas são hoje o que resta de um cimento social que se acha esfarelado; se todos os demais mecanismos de integração social estão exauridos, o direito ainda provê alguns meios para manter agregadas sociedades complexas e centrífugas que de outra forma teriam caído aos pedaços. O direito figura como um substituto dos demais mecanismos de integração que falharam – mercados e administrações, ou valores, normas, e comunicação

relação coprimordial entre Estado de Direito (a assegurar a autonomia privada) e democracia (a institucionalizar a autonomia pública) que legitima o sistema jurídico, caracterizando o processo democrático como uma forma aberta e contínua de reinterpretação da Constituição segundo as visões de mundo que se criam e se sucedem no tempo, ligadas intrinsecamente às concepções individuais da vida privada e à imagem que fazem do processo político:

A exigência da orientação pelo bem comum que se liga com a autonomia pública constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os "cidadãos da sociedade" cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos "cidadãos da sociedade", assegurada, pode capacitar os "cidadãos do Estado" a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para a outra.

(HABERMAS, 2003, p. 172-173)

O processo democrático, enquanto assegura autonomia pública e privada, pode ser compreendido também a partir do processo de aprendizado sociocultural da história política das nações regidas por essas constituições abertas.

O processo democrático caracteriza-se pela abertura e contingência dos processos de entendimento, marcados pela razão descentralizada e plural, sempre dependentes da quadra histórica em que estão situados (jogos de linguagem / texto e contexto). Por isso, processos discursivos (não circunscritos) de formação da opinião e da vontade, que permeiam a ideia de política deliberativa, devem ser assegurados pelo Direito não só como forma de contribuir com a integração social espontânea, mas, na medida que o fazem, asseguram o processo de aprendizado dos membros de uma sociedade.

---

face a face. Esta capacidade integrativa pode ser explicada pelo fato de que normas jurídicas são particularmente funcionais como resultado de uma combinação interessante de propriedades formais: o direito moderno é todo formatado em termos de direitos subjetivos, ele a um só tempo é direito positivado e possui força coercitiva; e embora o direito moderno requeira de seus destinatários nada mais que um comportamento de acordo com a norma, ele deve não obstante atender a expectativa de legitimidade ao possibilitar que pessoas observem as normas, se elas o desejarem, por mero respeito ao direito".

Se o entendimento sobre o processo democrático fixa a ideia de contingência, o intérprete da Constituição deve levar em conta a *filosofia política da política deliberativa* como parte da Teoria Constitucional e do paradigma do Estado Democrático de Direito, como elemento hermenêutico de compreensão da própria ideia de Constituição<sup>202</sup>, a fim de que possa assegurar essa característica libertária e procedimental instaurada pelas Constituições abertas.

Assim sendo, a ideia de processo democrático remonta, simbólica e funcionalmente, ao ato de fundação da sociedade política (Poder Constituinte), quando a Constituição, colocada em perspectiva, revela-se instrumento contra o arbítrio e em favor da liberdade de aprendizado coletivo:

O ato de fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais.

Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se criticamente aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra a atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade preenchem as condições necessárias para um processo que produz legitimidade. Filósofos e especialistas de outras áreas podem contribuir, à sua maneira, para explicar o que significa perseguir e concretizar o projeto de uma associação de parceiros do direito livres e iguais, que a si mesmos se autodeterminam. Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explicar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos.

(HABERMAS, 2003, p. 167)

---

<sup>202</sup> Tanto que perscrutar a validade dos fundamentos que levaram ao cancelamento da Súmula 394 pelo Supremo Tribunal perpassa questões sobre se a Constituição deve assegurar antes o efetivo julgamento dessas autoridades para a lisura e a legitimidade do processo político-democrático que dependem indubitavelmente da qualidade e honestidade da representação popular.



Nesse sentido procedimental das Constituições abertas, os direitos fundamentais também têm de passar por uma reconstrução de sentido para dar conta da dinâmica própria das sociedades complexas e da contingência das normas constitucionais, que dependem, como afirmado por Habermas, de ulteriores complementações e reconstruções de sentido.

Os direitos fundamentais têm a clássica “função de defesa, autoimpondo-se como ‘direitos negativos’ diretamente conformadores de um espaço subjetivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados”. (CANOTILHO [?], p. 395). Entretanto, os direitos fundamentais são também direitos públicos no sentido de constituírem um processo comum intersubjetivo mais amplo do que apenas assegurar direitos destinados a uma dignidade humana individualmente concebida<sup>203</sup>.

Nesse sentido, o papel dos direitos fundamentais não se resume a uma perspectiva individualista. Vale dizer que os direitos fundamentais, assim como os direitos políticos de votar e ser votado, em que a faceta intersubjetiva apresenta-se sublinhada, impõem não só um dever de abstenção do Estado (direitos individuais clássicos) ou de prestação (direitos sociais), mas institucionalizam, no caso exemplar dos direitos políticos, um processo democrático intersubjetivo de autogoverno<sup>204</sup>. Os direitos fundamentais visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, num contexto intersubjetivo conformado pela função dos direitos de assegurar a autonomia da pessoa

---

<sup>203</sup> Sobre o carácter intersubjetivo dos direitos em geral, ver *A Constituição como simulacro*, de Luiz Moreira (2007, p. 1 e seg.).

<sup>204</sup> Por exemplo, a definição de representação formulada por Canotilho, que evidencia o carácter intersubjetivo dos direitos políticos: “A representação democrática, constitucionalmente conformada, não se reduz, porém, a uma simples ‘delegação da vontade do povo’. A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta também no conteúdo dos seus atos, pois só quando os cidadãos (povo), para além de suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos atos dos representantes em virtude do conteúdo justo destes atos, é possível afirmar a existência e a realização de uma representação democrática material. Existe, pois, na representação democrática, um momento referencial substantivo, um momento normativo que, de forma tendencial, se pode reconduzir às três idéias seguintes: (1) representação como atuação (cuidado) no interesse de outros e, concretamente, dos cidadãos portugueses; (2) representação como disposição para responder (*responsiveness*, na terminologia norte-americana), ou seja, sensibilização e capacidade de percepção dos representantes para decidir em congruência com os desejos e necessidades dos representados, afetados e vinculados pelos atos dos representantes; (3) representação como processo dialético entre representantes e representados no sentido de uma realização atualizante dos momentos ou interesses universalizáveis do povo existentes no povo (não em puras idéias de dever ser ou em valores apriorísticos)” (CANOTILHO [4ª Edição], p. 290-292).

indivíduo privado e a autonomia da pessoa cidadão do Estado. Adverte Habermas que esse caráter intersubjetivo dos direitos se perdeu na dogmática jurídica:

Encontrar os direitos humanos e os direitos de cidadania na ideia de dignidade humana, como os juristas usualmente fazem hoje, não é errado, mas é insuficiente. Esse conceito refere-se polemicamente à “honra” social particularisticamente determinada de ser membro de um Estado. O que foi originalmente definido como a inviolabilidade de *status* resultante da pertinência a um determinado Estado foi generalizado em uma “dignidade universal” que todo homem possuiria. No processo dessa universalização, no entanto, o aspecto intersubjetivo se perdeu. Enquanto o conceito de autonomia do cidadão une o sentido de autodeterminação individual com o de autolegislação política, a dignidade humana, por sua vez, é vista como intrínseca ao indivíduo singular, pensada como se fosse uma propriedade da pessoa abstrata anterior a qualquer socialização. (...) Para além disso, o vocabulário moderno da liberdade expressa melhor o fato de que as Constituições devem ser construídas como ordens legítimas da vida em comum do que o ‘vazio discurso’ ontológico sobre a dignidade humana.”

(HABERMAS [Notas sobre a tríade de Denninger]<sup>205</sup>)

Portanto, além da função clássica negativa de direitos de proteção do indivíduo, os direitos fundamentais instituem de forma positiva as condições de liberdade e autonomia que caracterizam o processo democrático. Processo democrático entendido nessa perspectiva mais ampla como processo de aprendizado histórico.

Considerando a ideia de processo democrático e o caráter intersubjetivo dos direitos fundamentais, o conceito (formal) de *direitos fundamentais como trunfos*, formulado por Ronald Dworkin, parece adequar-se ao papel procedimental da Constituição, por um lado, e substancial e contingente das normas constitucionais, por outro. Isso porque são direitos assumidamente abertos aos discursos da pragmática do caso concreto e à tradição política e jurídica de determinada sociedade:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer. Ou quando

---

<sup>205</sup> Conferir o diálogo entre Denninger (2000) e Habermas (*Notas sobre a tríade de Denninger*).

não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial.

(DWORKIN, 2000, p. xv)

O conceito formal de direitos fundamentais enquanto “trunfos” assimila o caráter contingente e precário que marca o moderno Direito Constitucional, viabilizando assim os necessários e complexos discursos de aplicação no que toca à necessidade de agregar racionalidade externa e interna ao processo de concretização/aplicação das mensagens constitucionais.

Enquanto direitos que dependem de um processo de fundamentação manejado à luz do caso concreto, “trunfos” representam a possibilidade de manejar uma série de diferentes argumentos e fatos que devem ser retirados da cultura político-jurídica nacional e internacional e também a partir de fora do sistema jurídico, ampliando o horizonte científico e a capacidade institucional dos tribunais. Assim o Judiciário pode lidar de forma mais adequada com a tarefa de regular a convivência social em um ambiente de liberdade, marcado pelo processo democrático, pelo aprendizado socialmente compartilhado, o qual requer e informa um ambiente marcado pela autonomia pública e pela autonomia privada. É esse ambiente libertário que permitirá agregar legitimidade e efetividade às normas positivas. O processo de concretização da Constituição por via hermenêutica deve, assim, mostrar-se sempre adequado à reafirmação das liberdades, de modo assegurar um permanente processo de aprendizado.

### **Conclusão**

O conceito de direitos fundamentais como “trunfos” e a ideia de processo democrático podem sugerir, num primeiro momento, um esvaziamento de conteúdo dos direitos fundamentais. O relativismo que daí

decorre pode ser acentuado equivocadamente quando se afirma que o conteúdo da Constituição passa a ser historicamente contingente, à luz da ideia de aprendizado histórico. A carência de sentido do texto normativo, dependente do contexto de aplicação das normas constitucionais, poderia completar uma interpretação caótica do atual estado da arte da Teoria da Constituição. Esse esvaziamento e esse relativismo poderia ser ainda uma conclusão não adequada da leitura do capítulo 2, quando se apresenta uma discursividade jurídica aberta à sociedade de intérpretes da Constituição e um processo judicial que não restringe a argumentação jurídica à dogmática jurídica ou à jurisprudência estabelecida. Ante o “vácuo” que pareceria abrir-se no conteúdo dos direitos fundamentais, o sentimento de insegurança pode conduzir alguns contra a ampliação dos discursos de fundamentação na sua vertente discursiva.

Entretanto, como visto desde o próprio capítulo 2, o processo de concretização e aplicação da Constituição não dispensa a história e a cultura político-jurídicas em que se encontra inserido, assim como também não desdenha da dogmática, dos estudos analíticos e da cultura e da práxis judicial, porque isso levaria, sem sombra de dúvida, a uma arbitrariedade jamais conferida a qualquer juiz. Um resultado assim seria extremamente danoso ao processo democrático e contraditório ao que foi colocado como problemático já no capítulo 1, quando se apresentou uma série de decisões e problemas teóricos do neoconstitucionalismo, problemas esses que persistem num decisionismo heterônomo, baseado em pressupostos teóricos que Ingeborg Maus denominou de “teologia constitucional”, referindo-se a decisões do Tribunal Constitucional alemão e a uma infantilização dos sujeitos das “sociedades órfãs” atuais, com referência também à prática do *judicial review* nos EUA.

Basta então lembrar a tarefa conferida ao juiz Hércules por Ronald Dworkin, o qual está submetido a um critério de coerência jurídico tão rigoroso que ele se vale de um intérprete com capacidades sobre-humanas, exigindo desse juiz que escreva um capítulo da história nacional de forma a que toda a histórica política e jurídica de seu país pareça o trabalho de um único autor.

Os discursos de aplicação de Habermas também não dispensam conteúdo. Pelo contrário, o conteúdo deve apresentar-se em modelos simplificados, os paradigmas jurídicos, a fim de, por um lado, viabilizar um Poder Judiciário profissionalizado e humanizado e, por outro, assegurar um horizonte de compreensão capaz de dar coerência e unidade ao Direito aplicado à luz da imagem que a própria Teoria do Direito, na reconstrução operada pela Teoria da Constituição, faz da sociedade que regula – daí as análises necessárias do conceito de *justiça como igualdade complexa* de Marcelo Neves e da filosofia política deliberativa do processo democrático de Habermas, ampliando a capacidade institucional do intérprete concretizador nesse contexto argumentativo tornado cada vez mais complexo.

Não se trata, portanto, de um esvaziamento de conteúdo dos direitos fundamentais, mas de uma alteração no tratamento dado a eles, na forma de fundamentação dos provimentos judiciais, que não mais devem se circunscrever a uma dogmática jurídica em sentido estrito, mas a um discurso jurídico-argumentativo aberto, capaz de lidar adequadamente com a complexidade e a pluralidade das sociedades atuais em suas múltiplas facetas.

A fórmula da ponderação tende, ante as necessidades apresentadas ao longo do trabalho e dos problemas levantados em nível de teoria, a simplificar demasiadamente os discursos de fundamentação ao tempo em que oferece por vezes apenas um véu de racionalidade ao processo hermenêutico de concretização, deixando de enfrentar, em algumas situações, a complexidade e os efeitos sistêmicos das decisões por ela sugeridas, para circunscrever-se a um discurso interno de valores, por demais estreito à reviravolta linguístico-pragmática da filosofia que informa as potencialidades e também os limites da hermenêutica jurídica atual.

Tal é a razão pela qual um conceito formal aberto dos direitos fundamentais mostra-se útil. Enquanto “trunfos”, eles não excluem ou incluem de antemão argumentos em favor da restrição ou ampliação de direitos em face de outros direitos ou deveres, pois trunfos só podem ser manejados em face de algo que se apresenta em concreto, vale dizer, diante das

particularidades de cada situação. Não obstante, os mais diversos tipos de argumentos dos discursos abertos da teoria discursiva da jurisdição devem ser colmatados à racionalidade jurídica inerente à linguagem normativa constitucional. Só assim eles poderão ser reconhecidos como argumentos *juridicamente válidos*. Afinal, o sistema jurídico deve permanecer operativamente fechado e cognitivamente aberto, para fazer funcionar os filtros contra as interferências diretas dos imperativos sistêmicos da economia e do poder e das visões de mundo tradicionais incompatíveis com a ideia de igualdade (Niklas Luhmann / Marcelo Neves)

A ideia de direitos fundamentais como “trunfos” exige, a rigor, que os discursos jurídicos de fundamentação trabalhem com as consequências das decisões que devem ser atualizadas no momento da fundamentação do provimento, com a racionalidade dos demais sistemas sociais circundantes, com a ideia de reafirmação da autonomia pública e privada que informa o processo democrático e com o discurso de correção normativo interno e externo ao Direito.

É possível afirmar também, à guisa de conclusão, que nem para Dworkin, nem para Habermas, o Direito é essencialmente uma teoria substancialista ou procedimentalista, respectivamente. Ambos lançam mão de uma teoria formal, a qual remete sempre à cultura e à tradição de uma determinada sociedade, em que o processo de aprendizado e o conflito entre as diferentes visões de mundo se reafirmam legitimamente por meio do processo democrático. Ambas as perspectivas demandam a reprodução das liberdades públicas e privadas, fenômeno que ocorre mediado pela linguagem do Direito, o qual sofre influxos normativos do próprio processo de aprendizado que visa assegurar. Assim, a finalidade da Constituição termina desenhada de forma muito semelhante para os dois autores: por meio, sobretudo, da linguagem dos direitos fundamentais, instaura-se um processo de desenvolvimento histórico libertário em um ambiente que assegura a todos os nacionais um tratamento igualitário (o direito a “igual respeito e consideração” de Dworkin), o que é o mesmo que dizer que a Constituição tem de assegurar

a autonomia pública e a autonomia privada dos membros de uma sociedade política de cidadãos que se consideram livres e iguais (Habermas).

O constitucionalismo colocado em perspectiva retorna para o processo de concretização um conteúdo normativo que ajuda a informar o sentido dos direitos fundamentais, adequando sua aplicação ao próprio sentido performático do processo democrático, que demanda ulteriores complementações e adaptações de sentido das normas constitucionais, a serem paulatinamente realizadas pelos próprios destinatários dessas normas. Só assim legitimação e legitimidade podem deixar a seara metafísica de uma teologia constitucional para serem colocadas na pragmática de uma soberania popular discursiva que permeia o processo legislativo e participa do processo de concretização e aplicação da Constituição na forma de uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição – nesse caso valendo-se, sobretudo, da linguagem específica do Direito.

O decisionismo do processo hermenêutico de concretização/aplicação da Constituição, ainda que impossível de ser totalmente eliminado, passa a ser administrado de forma menos heterônoma, descaracterizando o seu traço autoritário mais forte e menos justificado em nível teórico. Uma vez que o processo de concretização hermenêutico é tornado discursivo, ele se apresenta digno da ideia de que as pessoas merecem ser tratadas com igual respeito e consideração. O processo de concretização das normas constitucionais pelo Judiciário torna-se mais respeitoso quando se compreende que guardar a Constituição significa guardar a liberdade e a autonomia das pessoas num contexto social plural, que não aportará, ao fim, em local firme e seguro, imune a problemas de valores ou aos desafios sociais gerados pelo desenvolvimento econômico e social. Como descrito por Michel Rosenfeld, o pluralismo é ele mesmo o motor de um procedimentalismo que visa a evitar a consolidação de um conjunto de valores específicos que venha a se tornar imune à crítica reflexiva. Do contrário, retornar-se-ia novamente arbitrária a forma de imposição desses eventuais valores “consolidados”, o que de modo algum se compatibiliza com o princípio da isonomia, reconstruído a partir das ideias do pluralismo e da tolerância.

A situação se torna menos dramática quando se traz a perspectiva teórica para uma ocorrência concreta a ilustrar a sua própria aplicação. Para isso, pode-se valer aqui uma vez mais da decisão que levou ao cancelamento da Súmula 394, que fixava a prorrogação do foro por prerrogativa de função para ex-autoridades.

A Questão de Ordem no Inquérito 687-4/SP, de 1999, traz três argumentos principais que fundamentariam a decisão pela revogação da referida súmula: (i) o foro especial visaria a proteger o exercício do cargo e não a pessoa que o exerce; (ii) o foro especial seria um privilégio que não poderia ser interpretado extensivamente; (iii) e o princípio da igualdade informaria que os não mais detentores de cargos com foro especial deveriam ser tratados como cidadãos comuns, porque é o que passam a ser desde o momento em que deixam o cargo, seja por qual razão for.

Entretanto, pesam contra esse discurso questões pragmáticas e normativas que desafiam sua validade e comprometem a efetividade da jurisdição Constituição. Viu-se a partir de algumas decisões que o foro especial prejudicou a efetividade dos provimentos criminais das autoridades com foro especial. A renúncia ao cargo foi usada por algum tempo para modificar a competência do Supremo Tribunal pouco antes da data de julgamento, postergando-se assim o provimento final. O Supremo Tribunal Federal passa então a caracterizar o uso abusivo do direito em alguns casos de renúncia. Percebe-se que com a solução já se instaura novo problema, o que fica evidenciado na própria deliberação do Supremo Tribunal ao apreciar a Ação Penal 396/RO, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 28/10/2010, uma vez que surgem casos de renúncia ao cargo também às vésperas de oitivas de testemunhas, a exemplo de caso mencionado no próprio julgamento.

Conforme advertido pelo min. Sepúlveda Pertence na decisão que cancelou a Súmula 394 em 1999, o foro competente pode ainda ser modificado quando o acusado for exonerado pela autoridade hierárquica competente, aposentar-se ou simplesmente assumir outro cargo com foro diverso ou ainda, nos casos de cargos eletivos, quando não for reeleito. Portanto, nos casos de



autoridades com foro especial, as normas de competência é que passaram a se adequar à situação jurídica do réu. Há, pois, nesse ponto, uma inversão no mínimo estranha: relativiza-se a necessidade de efetivar a provimento criminal, o qual passa a ficar à mercê da vontade do acusado ou de eventuais e legítimas ocorrências em detrimento da aplicação e efetivação da Constituição e das leis penais. Aos cidadãos comuns, noutra giro, não há nada que se assemelhe a essas condições. Há de se concluir que o resultado gerado pelo cancelamento da Súmula 394 ofende o princípio da igualdade, pois seus resultados demonstram que as altas autoridades encontram-se sobreintegradas à ordem jurídica estabelecida.

À luz dos efeitos que se verificam desde a revogação da Súmula 394, não se consegue sustentar validamente a interpretação ali desenhada do princípio da igualdade. É preciso considerar, sobretudo pelos efeitos provocadores de impunidade, que o entendimento ali declinado atenta contra a ideia de igualdade, quando se compreende, ressaltado aqui pela perspectiva da teoria dos sistemas, que a ordem jurídica deve submeter a todos igualmente tanto no que toca o gozo dos direitos, como o ônus dos deveres.

Por isso, o entendimento que oferece um tratamento mais adequado com o princípio da igualdade deve ser aquele que não permite a modificação do foro especial por nenhuma razão. Da instância superior o processo jamais deve retornar, seja por qual razão for – dada a necessidade e importância social de ter-se esclarecido eventuais delitos cometidos por altas autoridades da república (seja em razão do exercício do cargo ou não). Se um governador de Estado não é reeleito, o processo criminal deve permanecer no STJ e lá ser concluído. Se um governador é ao fim de seu mandato eleito para uma vaga no Senado da República, e depois perde o mandato por qualquer que seja o motivo, o processo deve caminhar do STJ para o STF e de lá não mais retornar até que seja efetivamente proferida a prestação jurisdicional. Só esse entendimento parece efetivar a isonomia de cidadãos que em alguma medida e de alguma forma têm de responder a um processo judicial. Seja como for, o princípio da isonomia requer que se efetive a responsabilização criminal e civil

de todo e qualquer cidadão, assim como a interpretação constitucionalmente adequada requer a efetivação e aplicação do direito posto.

Dois outros argumentos parecem não superar as objeções que foram colocadas pelos próprios votos vencidos na decisão que levou ao cancelamento da Súmula 394. Um deles é o de se considerar que o foro especial visa a proteger “apenas” o exercício cargo e não a pessoa. Aqui se encontra uma simplificação da situação de aplicação que impressiona. Como alguém pode exercer com segurança o cargo no presente se não terá no futuro a segurança presumida de que será julgado por um tribunal imparcial e qualificado quando não mais estiver no exercício da função?

O segundo argumento que reverbera insistentemente é o formulado pelo então min. Vitor Nunes Leal, ao afirmar que o foro especial era a um só tempo uma vantagem e uma desvantagem para o acusado. Isso porque, enquanto autoridade, seria mais seguro ao acusado ser julgado por um tribunal imparcial, menos suscetível às influências do jogo político, livrando a autoridade de conluíus noutras instâncias, presumidamente mais suscetível às pressões do poder e do crime organizado. Não obstante, o foro especial também consistiria em desvantagem, porque enquanto autoridade que é no jogo de poder, também teria o acusado menos chances de influenciar o órgão judicial superior.

Aliás, o julgamento da Ação Penal 470, rel. min. Joaquim Barbosa (caso do Mensalão, como ficou conhecido), talvez demonstre, contra o argumento de que o foro especial é um privilégio, que o julgamento em uma única instância pode constituir-se em uma grande desvantagem, pela redução do número de recurso. No caso das ações originárias no STF, é o próprio duplo grau de jurisdição que resta eliminado.

Assim, a análise da decisão que leva ao cancelamento da Súmula 394 permite demonstrar como a Teoria da Constituição atual ajuda a ampliar a capacidade institucional do intérprete ao se valer da ideia de justiça como igualdade complexa, a informar que o sistema jurídico tem de ser aplicado (reproduzido) de forma isonômica, eficaz e universal a todos os cidadãos.

A Questão de Ordem no Inquérito 687-4/SP sintetiza, pois, vários aspectos da pesquisa aqui empreendida. Ela deixa evidenciada a repercussão gerada pelos provimentos judiciais para a legitimidade do processo democrático. No caso específico, vê-se o comprometimento, pela impunidade generalizada que produz, da normalidade do processo político e democrático, ao prejudicar a aplicação do direito posto na regulação e controle do poder político representativo, este que é um dos objetivos centrais do constitucionalismo moderno. Isso, por sua vez, repercute contra a afirmação dos direitos fundamentais, na medida em que o poder político torna-se suscetível aos interesses ilegítimos e ilegais. Prejudicando os direitos fundamentais (direito à educação, à saúde, à informação, ao trabalho, à prestação jurisdicional adequada e célere), prejudica-se a reprodução da cidadania baseada na rede de solidariedade que permeia a sociedade civil no Estado Democrático de Direito, o que torna o processo político cada vez mais débil, expondo-se mais facilmente ao agir instrumental e estratégico dos sistemas econômico e político, assim como de grupos e de visões de mundo tradicionais incompatíveis com os princípios da igualdade e da liberdade. O atual estado da arte depõe, portanto, contra a legitimidade da formação da opinião pública e da formação da vontade política (parlamentar e administrativa), o que compromete, por sua vez, a concretização dos direitos fundamentais individuais, políticos e sociais, num círculo vicioso e complexo que contribui para a descrença dos cidadãos no regime democrático, uma vez que a Constituição, enquanto símbolo da unidade política nacional, passa a ser cada vez mais desacreditada.

## **Bibliografia**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã. São Paulo, Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

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

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo, Companhia das letras, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006-I.

\_\_\_\_\_. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEBÊ, Fayga Silveira (org.). São Paulo, Malheiros, 2006-II.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo, Saraiva, 6ª Edição, 2006-III.

\_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011.

BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo, Ícone Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros, 11ª edição, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo, Saraiva/Séria IDP, 2009.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. In: *HeinOnline*, 66 judicature, 1982-1983, p. 236-247.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Sergio fabris Editor, 1992.

CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_ (Org.) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri, Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_ *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_ *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_ *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da UnB. Manuscrito fornecido pelo autor. Brasília, 2008.

\_\_\_\_\_ Inquietude versus passivismo: os novos desafios dos juristas diante da expansão do Poder Judiciário. *Direito Público*. Síntese. N. 36, nov-dez/2010, p. 88-105.

\_\_\_\_\_ Epistemologia e Direito: para análise do método de pesquisa nas ciências histórico-hermenêuticas. *Revista filosofia do direito e intersubjetividade*. Vol. 3, n. 1, 2011, p. 01-19. Disponível em [www.univali.br/direitofilosofia](http://www.univali.br/direitofilosofia). Consulta em 1/3/2012.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo, Saraiva, 3ª Edição, 2007.

\_\_\_\_\_. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo, Série IDP/Saraiva, 2010.

COTTA, Maurizio. Verberte: representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Volume 2, Imprensa Oficial e Editora UnB, 2000, 5ª edição, p. 1101-1107.

DENNINGER, Erhart. "Security, diversity, solidarity" instead of "freedom, equality, fraternity". *Constelations*. Volume 7, n° 4, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. A badly flawed election. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2001/jan/11/a-badly-flawed-election/>. In: *New York Review of Books*. Nova Iorque, 11 de janeiro de 2001. Acesso em 12/01/2012.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court phalanx. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2007/sep/27/the-supreme-court-phalanx/>. In: *New York Review Of Books*. Nova Iorque, 27 de setembro de 2007. Acesso em 12/1/2012.

\_\_\_\_\_. Looking for Cass Sunstein. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/>. In: *New York Review of Books*. Nova Iorque, 30 de abril de 2009. Acessado em 13/1/2012.

\_\_\_\_\_. The "devastating" decision. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/feb/25/the-devastating-decision/>. In: *New York Review of Books*. Nova Iorque, 25 de fevereiro de 2010. Acessado em 13/1/2012.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo, Landy Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONEL, Miguel. *Constitucionalismo(s)*. Madri, Trota, 2005, p. 13-29.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo(s)*. Madri, Trota, 2005, p. 159-186.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (org.). Trad. Paulo Cesar Duque Estrada. Fundação Getúlio Vargas Editora. 3ª edição, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *CEBRAP*, nº 26, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: *Habermas*. Org.: FREITAG, Barbara. ROUANET, Sérgio Paulo. Coord. FERNANDES, Florestan. São Paulo, Editora Ática, p. 100-118, 2001.

\_\_\_\_\_. *Racionalidade e comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa, Edições 70, 2002.

\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Martins Fontes, 2004-II.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a tríade de Denninger: diversidade, segurança e solidariedade*. (trad. de Menelick de Carvalho Netto, para fins acadêmicos).

\_\_\_\_\_. *Facticidade e validade: reflexões de um autor*. Tradução para fins acadêmicos de Paulo Henrique Blair de Oliveira a partir do publicado na *Denver University Law Review*, vol. 76:4, p. 937-942.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución. *Revista de estudios Políticos Nueva Época*, nº 86. Madri, 1994, p. 195-227.

HOBBSAWM, Eric. *Los ecos de la Marsellesa*. Trad. para o español de Borja Folch. Barcelona, Crítica, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. do inglês de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo, Editora Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. Trad. de Júlio Fischer. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. 1 e 2. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. *A constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore ("La costituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor), 1990.

\_\_\_\_\_. *Introdução à teoria dos sistemas sociais*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis. Editora Vozes, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. In: *Novos estudos – CEBRAP*, Vol. 58, 2000, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2006.



\_\_\_\_\_. Prefácio à 1ª Edição. In: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. XI-XVII.

\_\_\_\_\_. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva-IDP, 2009.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com e contra Carl Schmitt. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, nº 2, 1994, p. 87-107.

\_\_\_\_\_. *The democratic paradox*. Londres/Nova Iorque. Editora Verso, 2000.

MURILO DE CARVALHO, José. *A construção da ordem & Teatro das sombras*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: *DADOS: Revista de ciências sociais*. Rio de Janeiro, IUPERJ, vol. 37, 1994, p. 253-275.

\_\_\_\_\_. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. In: *Lua Nova*, vol. 37, 1996, p. p. 93-106.

\_\_\_\_\_. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília, Editora UnB, 2001, p. 329-363.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2003.

O'CONNOR, Sandra. Public trust as a dimension of equal justice: some suggestions to increase public trust. *The Supreme Court Review*, 36:10, 1999, p. 10-13.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, Finatec/Editora UnB, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Universidade Externado de Colômbia, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judiciário: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. São Paulo/Coimbra. Editora RT e Coimbra Editora. 2009.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_. ARATO, Andrew (orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley, Los Angeles, London. University of California Press, 1998.

ROSENN, Heith. S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

ROUSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo, Cultrix, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Trota, 2005, p. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais? Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Trad. Francisco Ayala. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1927.

\_\_\_\_\_. *Crise da democracia parlamentar [A situação intelectual do sistema parlamentar atual e Teologia política]*. São Paulo, Scritta, 1996.

\_\_\_\_\_. *La defensa de la constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid, Editorial Tecnos, 1983.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought*. Volume two: The age of reformation. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford/New York, Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *A constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

TAVARES. Medina. *Amicus Curiae – Amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo, Série IDP/Saraiva, 2010.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo, Série IDP/Saraiva, 2011.

XIMENES, Júlia Maurmann. *O comunitarismo e a dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.