

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

RENATA PINTO COELHO VELLO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA
ANÁLISE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO
DE CONSTITUCIONALIDADE**

VITÓRIA
2010

RENATA PINTO COELHO VELLO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA
ANÁLISE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO
DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Professor Orientador: Adriano Sant'Ana
Pedra

VITÓRIA
2010

RENATA PINTO COELHO VELLO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA
ANÁLISE DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO
DE CONSTITUCIONALIDADE.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof.Doutor Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Ao meu pai, Rogério Coelho Vello, pediatra, professor e um grande defensor dos direitos humanos. Ele, que sonhou a realização deste mestrado junto comigo, adoeceu no dia em que me matriculei e não pode esperar eu voltar do primeiro dia de aula. Mesmo assim, ele esteve presente durante cada segundo destes dois anos, que sempre enxergamos como um desafio, o que, de certa forma, ajudou a suportar a grande dor de sua ausência.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, minha maior incentivadora, sempre. Sem você eu nada seria.

Aos meus filhos, Igor e Sofia, que me tornaram uma pessoa corajosa. Desejo que vocês tenham prazer em estudar e compreendam que esta é uma tarefa para a vida inteira.

Ao meu marido Marco, que admira e torce pelo sucesso de minhas escolhas.

Aos meus irmãos Patrícia e André e cunhados Gregston e Kelly, que me apoiam e estão presentes em todos os momentos de minha vida.

As minhas tias Finoca e Ângela, pelo apoio incondicional.

Aos amigos Silvagner, Letícia e Chandler, que conheci no mestrado e que tornaram este período mais leve e agradável.

Ao meu orientador, Adriano Sant'Ana Pedra, por ter acreditado na realização deste trabalho.

Ao colega Rodrigo Francisco de Paula, sem o qual, eu, certamente, teria abandonado este tema.

Aos professores Paula, Elda e Daury pela seriedade e dedicação que conduzem o mestrado nesta instituição.

Aos colegas do Tribunal de Contas, Vanessa Oliveira, Vanessa Righi, Mozart, Lyncon, Maria Clara, Dani e Maira, pela torcida e apoio.

“[...] embora não possa conhecer a verdade como algo dado e revelado, o homem pode, pelo menos, conhecer o que ele próprio faz.”

Hannah Arendt

RESUMO

Trata a presente pesquisa da análise da relação existente entre jurisdição constitucional e democracia, a partir do exame do fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e do modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, o modelo misto, examinando-se sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Investigam-se as consequências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito e para a efetividade constitucional, tendo em vista não ser mais possível ignorar este fenômeno. A questão a ser respondida ao longo do presente trabalho é a seguinte: a abstrativização contribui para a efetivação da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito? Analisa-se a possibilidade de se encontrar uma interpretação adequada ao fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que seja compatível com o Estado Democrático de Direito e que contribua para a efetivação da Constituição Federal. Será examinada a interpretação dos comandos da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade a partir da seguinte condicionante: aplicam-se *erga omnes* e com efeitos vinculantes as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade em que a questão constitucional foi apreciada apenas como causa de pedir, se o juiz entender que o referido comando é compatível com as peculiaridades e argumentos levantados pelos afetados no novo caso concreto em que estiver sendo apreciado. O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro aborda-se a importância do exame do caso concreto em um Estado Democrático de Direito; no segundo discute-se o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e no último capítulo analisa-se alguns dos problemas decorrentes da abstrativização, sugerindo-se uma nova interpretação para o fenômeno que contribua para a efetivação da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: abstrativização, controle difuso de constitucionalidade e Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Addressed in this study the relation between democracy and constitutional jurisdiction, by examining the phenomenon of abstrativização control of constitutionality and diffuse model analysis of judicial review adopted in Brazil, the hybrid model, examining whether it would be compatible to that with the democratic rule of law. Investigates the consequences of abstrativização the diffuse control of constitutionality to the democratic rule of law and the constitutional effectiveness in view, no longer possible to ignore this phenomenon. The question is answered throughout this work is as follows: the abstrativização contributes to the effectiveness of the Federal Constitution and the democratic rule of law? We analyze therefore the possibility of finding a proper interpretation of the phenomenon of abstrativização diffuse control of constitutionality, which is consistent with the democratic rule of law and contribute to the effectiveness of the Federal Constitution. Thus, it examines the possibility of interpreting the commands of abstrativização diffuse control of constitutionality, the constraint is the following: apply erga omnes effect and binding decisions in the diffuse control of constitutionality that the constitutional issue has been examined only as a cause of action, if the judge finds that the above command is compatible with the peculiarities and arguments raised by those affected in the new case that is being appreciated. This work was divided into three chapters. At first this was the importance of examining the case in a democratic state, in the second, we dealt with the phenomenon of diffuse abstrativização control of constitutionality and the context in which it came, finally, the last chapter are listed the some of the problems arising from abstrativização and it was suggested a new way to interpret it so that it can contribute to the effectiveness of the Federal Constitution and the democratic rule of law.

Keywords: abstrativização, diffuse control, democratic state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O EXAME DO CASO CONCRETO PELO PODER JUDICIÁRIO E A GARANTIA DE EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
1.2 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER E O ÂMBITO NORMATIVO COMO PARTE INTEGRANTE DA NORMA	22
1.3 O CASO CONCRETO COMO ESPAÇO EFICAZ PARA A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2 A TENDÊNCIA À AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ABSTRATO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO NO BRASIL	36
2.1 ALGUNS ASPECTOS DA CENTRALIZAÇÃO DE PODER NA CÚPULA DO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DAQUELE QUE DITA OS VALORES DA SOCIEDADE	36
2.2 A CRISE DE IDENTIDADE DO PODER JUDICIÁRIO RUMO À JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE E SEUS ASPECTOS PARADOXAIS	44
2.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DA ABSTRATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DE SEUS ARGUMENTOS	53
3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	59
3.1 A AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ABSTRATO DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A DESLEGITIMAÇÃO DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL	59
3.1.1 O enfraquecimento do controle difuso e o afastamento dos cidadãos da interpretação constitucional	59

3.1.2 Os discursos de aplicação e justificação e o controle de constitucionalidade das leis-----	70
3.1.2.1 A nova separação de poderes-----	77
3.1.3 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a lesão a direitos e garantias fundamentais-----	84
3.1.3.1 A Lesão a direitos fundamentais de natureza processual constitucional-----	85
3.1.3.2 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a omissão quanto a direitos fundamentais e a proibição do retrocesso-----	88
3.2 UMA INTERPRETAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ADEQUADA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO--	91
CONCLUSÃO-----	94
REFERÊNCIAS-----	99

INTRODUÇÃO

Um dos pilares do sistema jurídico brasileiro é o princípio da supremacia constitucional. Para garanti-lo a própria Constituição prevê instrumentos de controle de constitucionalidade que, a depender do momento de sua realização, antes ou depois da entrada em vigor da lei ou ato normativo, classificam-se em controle prévio ou preventivo e posterior ou repressivo.

O controle preventivo é exercido pelos três órgãos de poder e o repressivo é, precipuamente, exercido pelo Poder Judiciário, embora possa, nos termos dos artigos 49, V e 62, parágrafo § 5º, da Constituição Federal, ser exercido também pelo Poder Legislativo.

No Brasil, temos o sistema misto, uma vez que se adota tanto o controle concentrado cujo modelo originou-se na Europa Continental e é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto o controle difuso, advindo dos Estados Unidos e realizado por qualquer juiz ou tribunal no exame do caso concreto.

Em relação aos efeitos do controle de constitucionalidade, pode-se dizer que o controle concentrado por examinar a questão constitucional como pedido, tem efeitos *erga omnes*, e vinculantes. Já o difuso, por analisar apenas o caso concreto, enfrentando a questão constitucional como causa de pedir, tem efeitos entre as partes processuais, havendo previsão de o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, dar-lhes efeitos *erga omnes*.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal vem abstrativizando os efeitos do controle difuso de constitucionalidade conferindo-lhes em alguns casos efeitos *erga omnes*, típico do controle concentrado, o que aproxima os dois tipos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, o difuso e o concentrado, ao menos em relação aos seus efeitos pessoais.

A postura do Supremo Tribunal Federal vem enfraquecendo importante instrumento democrático de controle de constitucionalidade das leis, presente em nosso

ordenamento jurídico desde a Constituição da República, o controle difuso de constitucionalidade.

Isso vem sendo justificado, por renomados juristas e pelo próprio Poder Judiciário, como uma necessidade de oferecer celeridade processual e razoável duração aos processos judiciais, princípios estes erigidos à categoria de garantias fundamentais pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A cúpula do Judiciário vem, assim, concentrando grande poder. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, ao estender *erga omnes* e com efeitos vinculantes uma decisão obtida no controle difuso de constitucionalidade, retira do magistrado a possibilidade de examinar a questão de acordo com as peculiaridades do caso concreto e de levar em consideração os argumentos das partes envolvidas, o que reduz o controle difuso de constitucionalidade a análise de temas a serem enfrentados pela Corte Suprema.

O fenômeno torna-se ainda mais grave, na medida em que estende *erga omnes* os efeitos das decisões de (in) constitucionalidade proferidas em sede de controle difuso, em que a questão constitucional foi examinada apenas como causa de pedir, sem que tenha havido sequer decisão do magistrado. É como se o Supremo Tribunal Federal realizasse o controle concentrado de constitucionalidade de uma lei, sem a iniciativa dos legitimados para a propositura de ação direta de (in) constitucionalidade.

Além disso, o fenômeno da abstrativização retira dos cidadãos a possibilidade de participação efetiva, com a apresentação de seus argumentos nos processos de tomada de decisão, o que os afasta do exercício de interpretação constitucional.

Ressalta-se, que o Supremo Tribunal Federal, ao estender a todos e com efeitos vinculantes a discussão sobre a constitucionalidade ou não de uma lei, que partiu do exame de um caso concreto, utiliza-se das funções próprias do momento de criação e não de aplicação do direito, que exige a análise de uma matéria a partir de um caso concreto discursivamente construído.

Pretende-se no presente trabalho, examinar as consequências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito e para a efetividade constitucional, uma vez que, não é mais possível ignorar este fenômeno, sendo o seu debate essencial para que não fiquem sem respostas os equívocos decorrentes da nova prática.

A postura da cúpula do Judiciário coloca em xeque a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, estremecendo princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Daí a questão que precisa ser respondida é: a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade contribui para a efetivação da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito?

Como hipótese da presente pesquisa, apresenta-se a seguinte afirmativa: a ampliação do sistema abstrato de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, ao enfraquecer o controle difuso, afastando a interpretação constitucional do exame do caso concreto e da participação dos cidadãos; ao lesar direitos fundamentais; e ao confundir o juízo de justificação do direito com o de aplicação, não está contribuindo para a efetivação da Constituição Federal e, por consequência, para o Estado Democrático de Direito.

Não se pretende afirmar com isso que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade não seja possível, mas é preciso buscar um tratamento adequado para o fenômeno. Será, pois, investigada a possibilidade de se interpretarem os seus comandos, a partir da seguinte condicionante: aplicam-se *erga omnes* e com efeitos vinculantes, se o juiz entender que são compatíveis com as peculiaridades e argumentos levantados pelos afetados no novo caso concreto em que estiver sendo apreciado.

O assunto a ser tratado envolve diretamente os direitos fundamentais, uma vez que, se trata de possível violação ao princípio da separação de poderes e de outras duas garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito: uma, que sejam levados em consideração pelos magistrados as peculiaridades do caso concreto e os argumentos dos afetados pela decisão judicial e, duas, que os cidadãos participem

do exercício de interpretação constitucional, não sendo este de exclusividade da cúpula do Poder Judiciário.

A violação do princípio da separação de poderes relaciona-se à discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário impor comandos abstratos e vinculantes na criação da norma jurídica, sem levar em consideração que esta só é construída no caso concreto de aplicação.

Utiliza-se como marco teórico no presente trabalho, a escola Nova Hermenêutica Constitucional, que inclui autores como Peter Häberle, Friedrich Müller e Paulo Bonavides. A discussão do tema de maneira crítica, de modo que se agrupem opiniões divergentes e possíveis soluções para os problemas apresentados, é a contribuição para o direito que se pretende.

Como não se poderia deixar de ressaltar, tem-se a consciência de que a presente pesquisa esbarra em um importante ponto, o de que é o próprio Supremo Tribunal Federal, através do instituto da Reclamação, quem vai, formalmente, examinar a situação posta. Contudo, parte-se do pressuposto de que a discussão da questão já é um importante passo visando a sua transformação, mesmo porque, é função da academia refletir acerca das decisões da Corte Constitucional.

Por fim, o trabalho justifica-se pela importância de se clarificar o quão democrático é o controle difuso em nosso modelo de controle de constitucionalidade, que, caso seja equiparado ao controle concentrado, será perdido importante instrumento constitucional apto a contribuir para a efetivação da Constituição Federal.

A pulverização do controle de constitucionalidade pelos diversos órgãos do Poder Judiciário torna as decisões judiciais menos homogêneas, possibilitando que se abarque melhor a pluralidade inerente a uma sociedade democrática e complexa como a nossa.

Neste sentido, almeja-se analisar, a partir do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, a relação existente entre jurisdição constitucional e

democracia, traçando seus pontos principais, para que se possa garantir, ou ao menos evitar, a lesão a direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, analisa-se se o exame do caso concreto pelo Poder Judiciário garante a legitimidade da jurisdição constitucional e contribui para a democracia em um Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, examina-se a tendência à ampliação do sistema abstrato de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil, oportunidade em que o fenômeno é explicitado e contextualizado.

No terceiro capítulo são investigadas as conseqüências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito. Nele são discutidos os riscos do enfraquecimento do controle difuso de constitucionalidade, ocasião em que se aborda o afastamento dos cidadãos da interpretação constitucional; a lesão a direitos fundamentais e a confusão entre os juízos de justificação e aplicação do direito. Por fim, é proposta uma interpretação dos comandos decorrentes da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

Trata-se de pesquisa exploratória em que se utiliza o método dialético. O referido método é usado quando se pretende buscar os fenômenos a partir de suas contradições e ações recíprocas, tais quais elas ocorrem na sociedade. Examina-se a matéria, de maneira a verificar-se a sua transformação ao longo da história, além de demonstrar os diferentes argumentos que a confirmam ou contradizem-na.

A pesquisa é jurisprudencial e bibliográfica. A parte jurisprudencial realiza-se por meio de decisões judiciais que abordam o tema tratado. A parte bibliográfica leva em consideração a leitura de obras jurídicas, revistas, monografias, teses, dissertações e artigos científicos publicados.

CAPÍTULO 1 - O EXAME DO CASO CONCRETO PELO PODER JUDICIÁRIO E A GARANTIA DE EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de que interpretar é desvelar o sentido oculto das coisas está superada. Assume-se, hoje, que compreender é dotar de sentido aquilo que é interpretado, o que não se faz de modo desvinculado das pré-compreensões e da historicidade dos intérpretes.

Deste modo, a hermenêutica não é mais compreendida, nem do modo que o era pela metafísica clássica, em que o sentido das coisas estava no objeto, nem pela metafísica moderna, em que o sentido estava no intérprete, o ser pensante (STRECK, 2007, p. XIX).

Entende-se, que da relação entre o intérprete, o sujeito interpretante, e o objeto interpretado, deve haver uma intrínseca ligação em que ambos saem transformados. Daí que se afirma, que a inexistência de dicotomia entre o sujeito e o objeto foi uma das mais brilhantes descobertas realizadas pela filosofia moderna.

Busca-se, assim, a melhor forma de interpretar as normas jurídicas. Isso porque, ao mesmo tempo, em que estas são responsáveis pela segurança jurídica da sociedade, não é possível engessá-las, estabelecendo interpretações *à priori*, desvinculadas da realidade fática subjacente, sem refletir a historicidade na qual o intérprete está inserido.

Há, assim, verdadeira tensão entre o texto normativo e a norma jurídica na busca pela efetividade das normas jurídicas. Segundo Hans-Georg Gadamer, a interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes entre aquele que interpreta e a coisa a ser interpretada. Busca-se, deste modo, superar os paradigmas

objetivistas e subjetivistas, que ainda hoje, sustentam as teses hermenêuticas. (STRECK, 2007, p. 52).

De acordo com Hans-Georg Gadamer (2005, p.354/356), que critica a interpretação em partes: primeiro compreendo, depois interpreto e então aplico, e que recebeu nítida influência de Martin Heidegger, a superação do esquema sujeito-objeto dá-se a partir de uma hermenêutica fundada no círculo hermenêutico, em que a compreensão ocorre a partir da atribuição de sentido às coisas, o que não acontece de maneira desvinculada da historicidade e das pré-compreensões do intérprete.

Neste sentido afirma o autor (GADAMER, 2005, p. 358):

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma neutralidade com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais.

Deste modo, se texto e norma não podem ser equiparados, texto e norma também não podem ser cindidos, concluindo-se, a partir dessa afirmação, que interpretar não é um ato arbitrário que dê margem a decisionismos judiciais.

Os autores Laurence Tribe e Michel Dorf (2007), ao tratarem da interpretação constitucional no contexto americano, abordam a relação entre texto e norma jurídica, apresentando formas equivocadas de leitura do texto constitucional, acreditando, que a partir destas, seja possível construir outras mais adequadas.

Explicitam, pois, três tipos de interpretações que consideram perigosas: em primeiro lugar, a concepção originalista da Constituição Federal (jurisprudência dos propósitos originais)¹; em segundo lugar, a interpretação por desintegração e, por último, a interpretação por hiperintegração. (TRIBE e DORF, 2007, p. 6). Todas

¹ Termo cunhado por Edwin Meese, no texto *Toward a jurisprudence of original intentio*, publicado em *Benchmark*, jan./fev., 1896 apud TRIBE, Laurence e DORF, Michel. *Hermenêutica Constitucional*. 2007, p. 6.

foram examinadas, considerando-se a possibilidade de aplicação às normas jurídicas de maneira geral.

A interpretação originalista da Constituição, segundo dispõem os autores, afirma que o texto constitucional deve ser interpretado como se dissesse respeito à realidade existente no momento da elaboração do texto. Citam, assim, a 14ª (décima quarta) Emenda à Constituição Americana para ilustrar e criticar este tipo de interpretação. Segundo eles, a referida emenda tinha um propósito muito menos nobre do que hoje aparenta ter, que era o de negar a igualdade aos escravos libertados. (DORF e TRIBE, 2007, p. 6 e 7). O texto da emenda afirma o seguinte:

14ª emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiveram residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem processo legal ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Mesmo que a intenção original da Constituição fosse uma pauta tão racista, como a de excluir os escravos libertados da concepção de povo americano, não se poderia, segundo os autores, continuar interpretando, deste modo, a referida emenda, pela simples razão de que agora ela é parte da Constituição Americana e, como tal, deve ser examinada, à luz do atual contexto histórico. (TRIBE e DORF, 2007, p. 7).

De fato, seria temerário admitir que o texto constitucional ficasse preso e engessado a uma realidade existente há mais duzentos anos atrás, conforme as expectativas dos grupos que participaram do processo de sua formação, já que, como definem os autores, a história serve para iluminar o texto, mas não se pode esquecer que só o texto é a lei. (TRIBE e DORF, 2007, p. 8).

A partir dessas considerações, é preciso buscar uma melhor forma de interpretar a Constituição Federal e demais normas jurídicas, uma vez que, se, de um lado, não se deve prender a visão no passado, de outro, não se pode admitir uma interpretação vazia e maleável, sem qualquer relação com a historicidade na qual elas estão inseridas, o que permitiria transformá-las em um espelho a refletir as nossas próprias ideologias.

A concepção de que a Constituição Federal deva ser interpretada de acordo com as intenções originais da Constituição, prosseguem Dorf e Tribe (2007, p. 11), é uma visão simplista do significado pleno do texto constitucional, que não pode limitar-se às intenções subjetivistas dos que a modelaram.

De outro lado, não se pode, simplesmente, ignorar que tanto as normas constitucionais como as demais normas jurídicas, por terem uma linguagem geral e abstrata, acabam tornando-se um documento em branco para os que a interpretam, o que pode ser usado com as melhores das intenções, ou não.

A partir desse pressuposto, os autores demonstram a preocupação em encontrarem saídas para ancorar a Constituição Federal em uma realidade segura e determinada. Neste sentido, salientam (TRIBE e DORF, 2007, p. 13):

Portanto, não é de surpreender que tanto os leitores da direita, quanto os situados à esquerda do centro político estadunidenses, invoquem a Constituição como autoridade para derrubar as conclusões divergentes quanto à legitimidade da existência de instituições e práticas, e que, ao mesmo tempo, nenhum aventureiro encontrou dificuldades para citar capítulos e artigos para sustentar a leitura de nossa lei fundamental. Assim como também é verdade que em outras áreas do direito, os subsídios para a criação da lei constitucional deixam espaço para argumentação a respeito de seus significados, e provocam os leitores a importar suas visões de sociedade justa para o sentido das matérias que estão sendo tratadas.

Passa-se, então, a refletir acerca da possibilidade de uma interpretação das normas jurídicas e da Constituição Federal que permita que estas, ao mesmo tempo em que não fiquem presas ao momento de sua criação, levem em consideração, tanto o texto em si, quanto à realidade fática subjacente.

O segundo modo temerário de leitura e interpretação constitucional, de acordo com os autores e denominado por eles de uma das falácias interpretativas, é a interpretação por desintegração. Conforme afirmam, funciona da seguinte maneira: levanta uma questão, dá total importância e valor a ela, fornece-lhe todas as possíveis interpretações, e, ao mesmo tempo, ignora-se o fato de que ela está imersa em um todo. (DORF e TRIBE, 2007, p. 23).

Interpretar por desintegração é, pois, dar mais importância às partes do que ao todo, esquecendo-se que a Constituição Federal é muito mais do que um emaranhado de artigos, na medida em que, o todo que forma também precisa ser considerado na interpretação de cada dispositivo em separado.

Por fim, a interpretação por hiperintegração, que é exatamente o oposto da interpretação por desintegração. Nela dá-se mais importância ao todo do que as partes, ou seja, interpreta-se a Constituição Federal, a partir de uma visão única e singular, como se ela pudesse refletir o querer de toda uma sociedade pluralista e complexa como a nossa. No dizer dos próprios autores, interpretar por hiperintegração é tratar a Constituição como uma rede mal costurada, como uma onipresença chocante. (DORF e TRIBE, 2007, p. 25).

Enxerga-se a visão do todo como se sobressaísse sobre a visão das partes, deixando-se de lado o fato de que cada uma das partes da Constituição Federal representa os desejos díspares de uma sociedade, em que a democracia não mais se contenta com os anseios de uma maioria, mas que também precisa levar em consideração os das minorias.

Assim, cada dispositivo, nem sempre se apresentará coerente com a visão geral, mas nem por isso, deixará de ter valor, eis que representa, certamente, uma das facções de nossa sociedade pluralista. Afinal, seria de fato uma contradição supor que alguém seja capaz de ler uma Constituição criada da forma como a nossa foi, e pensar que ela é a expressão de uma filosofia única. (TRIBE e DORF, 2007, p. 32). Tal afirmativa, embora se refira à Constituição Americana, não deixa de ser aplicável à interpretação de nossa própria Constituição Federal.

Por fim, mencionam os autores alguns itens essenciais para a realização de uma interpretação adequada da Constituição Federal. Em primeiro lugar, o de que os casos difíceis nem sempre geram um direito ruim. Isso porque, segundo afirmam, a divergência no momento da aplicação do direito é salutar, já que, torna possível a abertura para a discussão de valores conflitantes. Neste sentido, dispõem: (TRIBE e DORF, 2007, p. 81).

[...] Não devemos lamentar as facções fechadas que existem dentro da Corte quando se trata dos assuntos mais trabalhosos. É melhor receber de

braços abertos a oportunidade que tais divisões criam para um diálogo interno, visível do lado de fora dos muros. Ótimas oportunidades são desperdiçadas quando os juízes brincam entre si ao invés de disputar seriamente sobre as premissas e pontos de vista divergentes que todos os nove podem apresentar quando desempenham seus papéis de intérpretes. Como concluímos no capítulo 1, a Constituição incorpora em si mesma múltiplas diferenças irreconciliáveis.

Aproveitar as diferenças existentes em uma sociedade pluralista, e, ainda, explicitar os seus fundamentos é a oportunidade de abrir o texto das normas jurídicas para uma discussão aberta e honesta acerca de cada visão que faz parte de nossa sociedade. Ignorar isso é empobrecer o debate, o que em uma República contraria um dos seus valores essenciais, que é a abertura para a discussão de visões conflitantes sobre o significado das normas, tanto como uma forma de engajar a nação em um debate, quanto como um meio de exercitar o melhor que um debate como este pode ser. (TRIBE e DORF, 2007, p. 81).

É preciso, pois, equilibrar a abertura e as generalizações imprescindíveis das normas jurídicas, que foram elaboradas, muitas vezes, em um contexto fático muito diverso do qual serão aplicadas, com a concretude necessária a sua interpretação, que considere os aspectos fáticos e históricos inerentes a cada caso concreto em análise.

Trata-se, na verdade, da discussão acerca de como compatibilizar a dicotomia existente entre facticidade e direito. Isso porque, não faz nenhum sentido interpretar os textos jurídicos de modo semântico, ou seja, desvinculados da realidade fática subjacente, uma vez que, a norma jurídica é construída, a partir de cada caso concreto examinado.

É, pois, no juízo de aplicação e não de fundamentação/justificação que as normas jurídicas são criadas. Entender de maneira diversa é reforçar a dicotomia existente entre fato e norma, o que não mais se admite no Estado Democrático de Direito.

Afirma-se, nesta oportunidade, a importância dos princípios constitucionais, para que seja possível compatibilizar as generalizações inerentes a um texto normativo com as situações concretas subjacentes. Assim, os princípios tornam-se verdadeiros elos entre os enunciados jurídicos e os casos concretos examinados.

Deste modo, cada situação concreta específica deve ser considerada na interpretação dos dispositivos normativos, o que não significa permitir interpretações arbitrárias. Ao contrário, através dos princípios constitucionais é possível interpretar o texto jurídico levando-se em consideração a situação concreta subjacente, o que é essencial para a criação das normas jurídicas.

Para isso, é necessário buscar o princípio constitucional adequado a compatibilizar os textos jurídicos com a situação concreta analisada. Este não é um juízo arbitrário do intérprete, mas uma decisão fundada, tanto na generalidade dos textos, quanto na concretude dos casos concretos examinados.

É daí, que surge a possibilidade de uma interpretação adequada ao texto constitucional em um dado caso concreto, uma vez que, a existência de múltiplas respostas está relacionada ao conceitualismo das regras, que têm a pretensão de abarcar todas as possíveis situações de forma antecipada. (STRECK, 2007, p. 40).

Rechaça-se ainda, que a interpretação jurídica seja função apenas do Poder Judiciário ou mesmo de algum dos poderes constituídos, sendo, na verdade, função de todos: juízes, legisladores, administradores e cidadãos, todos intérpretes dos textos normativos.

A experiência norte-americana ensina que a melhor forma de adquirir *expertise* em interpretação constitucional é sujeitar todos os argumentos constitucionais e decisões a constante análise e crítica comum, tanto no âmbito dos termos, quanto de nossas tradições para construí-los (TRIBE e DORF, 2007, p. 37).

Nestes termos, merece ser reestruturada a questão da interpretação constitucional, que até então levou em consideração a indagação sobre os objetivos e métodos interpretativos, passando a investigar também os participantes do processo interpretativo (HÄBERLE, 1997, p. 11).

Entende-se, pois, que uma interpretação adequada do direito impede, em primeiro lugar, uma interpretação de acordo com os propósitos originais dos seus modeladores, uma vez que, isso faria com que seus dispositivos não acompanhassem a realidade histórica subjacente.

De outro lado, também não admite uma interpretação por desintegração, em que o conteúdo do dispositivo examinado seja analisado de forma desvinculada do conteúdo geral. Do mesmo modo perigosa, é a interpretação por hiperintegração, em que o todo sobressai às partes, sendo a Constituição Federal interpretada como se pudesse afirmar uma ideologia única, em uma sociedade complexa e pluralista como a nossa.

Ressalta-se, que a jurisdição constitucional pode comportar-se como um importante catalisador, ainda que não o único, da ciência do direito constitucional. Também não se ignora que a conformação da realidade da Constituição torna-se parte integrante da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade, fazendo, muitas vezes, com que estas concretizações passem a integrar o próprio conteúdo da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 24/28).

O ato interpretativo não é um exercício arbitrário, também não solitário da cúpula do Poder Judiciário, sendo os princípios constitucionais poderosos elos entre os enunciados jurídicos e a situação fática subjacente, ou seja, um grandioso auxílio interpretativo que coloca o texto das normas jurídicas em um lugar seguro e determinado.

1.2 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER E O ÂMBITO NORMATIVO COMO PARTE INTEGRANTE DA NORMA

Um dos equívocos do positivismo jurídico foi o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si, preexistente. Para os positivistas, o direito é compreendido como um sistema perfeito de normas, sendo a decisão judicial a aplicação da lei ao caso concreto examinado, ou seja, a subsunção lógica entre a norma jurídica, extraída da interpretação dos enunciados jurídicos, e a situação fática que se deseja solucionar.

Segundo Hans Kelsen, (2006) o direito, só *ex post facto*, deve relacionar-se com a realidade social. Deste modo, a norma jurídica é, erroneamente, compreendida como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Assim, direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade, aparecem justapostos em si, sem relacionarem-se. Um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção. (MÜLLER, 2009, p. 18).

A separação entre norma jurídica e realidade, decorrente do positivismo jurídico, apenas confirmou um problema existente em todas as áreas do conhecimento humano, ou seja, a separação entre o sujeito cognoscente, um ser racional que não é influenciado pela realidade que o cerca e nem por seu objeto, e o próprio objeto cognoscível.

Partiu-se do pressuposto equivocado de que o sujeito não influencia o objeto investigado e nem recebe qualquer influência deste, assim como, também a realidade fática subjacente encontra-se isolada. Esqueceram-se, contudo, os cientistas, que é o sujeito cognoscente quem realiza a formulação do problema a ser estudado e que os pressupostos fáticos estão inseridos no próprio sujeito, dele não podendo subtrair-se.

Por esse entendimento, norma jurídica e realidade, ou seja, direito e caso concreto a ser solucionado, passam a integrar dois mundos diversos que só se relacionam no momento da aplicação do direito, ou seja, de sua concretização, que seria a aplicação ao caso concreto da norma jurídica já interpretada pelo sujeito.

De acordo com esta visão, a norma jurídica advém das diversas possibilidades de interpretação dos enunciados jurídicos. Observa-se, contudo, que, desde então, já se diferenciava a norma de enunciado jurídico, sendo a norma a interpretação do enunciado, que, segundo os positivistas, estaria dentro de um quadro de moldura interpretativa.

A radical separação no plano constitucional entre realidade e norma, entre ser, *sein*, e dever ser, *sollen*, não leva a qualquer avanço. Essa separação pode levar a uma

confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva, inevitavelmente, aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. (HESSE, 1991, p.14).

Ainda hoje, após o surgimento de diversas teorias que questionaram a visão positivista do direito, o abismo entre norma e enunciado jurídico continua a existir no momento da interpretação do direito, mesmo que superada a ideia de que a hermenêutica estaria limitada a possibilidades previamente determinadas.

É preciso, assim, acertar o alvo da normatividade jurídica, encontrando o equilíbrio entre os conteúdos jurídicos previamente estabelecidos para regular a vida em sociedade e a realidade fática que lhe subjaz. Afinal, como destaca Friedrich Müller (2009, p. 19), a pergunta pelo papel da realidade no direito não pode ser solucionada pela sua simples eliminação.

A Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller (2009), traça um conceito pós-positivista da norma jurídica, ao afirmar que, a norma jurídica não está pronta nos textos jurídicos, encontrando-se nestes apenas as suas formas primárias, os enunciados normativos. Neste sentido, a norma só é produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, ou seja, em cada decisão judicial.

O referido autor pretende superar a dicotomia entre ser e dever ser, na medida em que, reconhece que a norma jurídica é composta de dois elementos integrantes: o âmbito normativo e o programa normativo. O primeiro, significando o tipo materialmente determinado da normatividade concreta e o segundo, o conjunto de conteúdos normativos e possíveis na realidade (MÜLLER, 2009, p. 234).

Assim, de acordo com Friedrich Müller (2009, p. 305), a concretização da norma não significa tornar mais concreta a norma jurídica geral encontrada no texto legal, mas sim, a construção da norma jurídica, a partir do exame do caso concreto, o que, segundo ele, só se realiza na aplicação do direito.

Busca-se a superação da dicotomia entre sujeito e objeto, entre o intérprete e a norma jurídica, uma vez que, esta só existe a partir do contexto que reflete tanto a realidade, quanto o seu intérprete, ambos co-constituídos em cada processo de concretização.

Neste sentido afirma o autor (MÜLLER, 2009, p. 225):

Não basta ver apenas o direito na plenitude concreta de seu conteúdo e, em contrapartida, ver a lei na pura abstração de sua conceitualidade. Entre a norma escrita e a Law in action moldada para um determinado caso particular, não há uma compreensão da norma nem totalmente abstrata nem totalmente concreta, mas antes uma compreensão estruturante, que elabora uma tipologia, e funciona como uma justificação autônoma de um modelo materialmente determinado e articulado de acordo com o programa normativo e o âmbito normativo.

A facticidade deixa, pois, de ser tratada como mero objeto da normatividade para ser tratada como parte integrante da norma. A partir desta proposta, acredita-se que a concretização do direito possa abandonar as conclusões metodicamente precipitadas, impedindo que a Corte Constitucional pretenda que os aspectos defendidos em um caso particular sejam estendidos como comandos legislativos, sem que sejam apreciados no novo caso concreto examinado.

Friedrich Müller (2009, p.192) critica o positivismo jurídico que trata o texto da lei como premissa maior, subsumindo as circunstâncias reais a serem avaliadas de forma lógica, tornando o âmbito normativo não como parte integrante da norma, mas como pertencente ao mundo abstrato da facticidade.

Assim, afirma o autor (MÜLLER, 2009, p. 192):

Uma norma pura é, por exemplo, uma disposição legal de Hamurabi. O âmbito dela se perdeu. Ela é válida, estabelece regras, não mais de forma ideal, pois a questão teórico-normativa não é uma questão de idéia e realidade, mas porque a normatividade, a norma e a validade jurídica estão relacionadas a um modo de ser que está presente apenas na inclusão prévia da estrutura real e material que é formada de modo normativo.

O que vincula não é o texto normativo, mas a norma, que é extraída do caso concreto analisado com suas peculiaridades. Deste modo, apenas quando se constrói a norma no caso particular de aplicação é que esta poderá ser considerada coercitiva, já que, uma vez perdido o âmbito normativo, a disposição passa a ser apenas texto lingüístico.

Conforme ressalta o referido autor, os extremos são igualmente perigosos. Tanto uma concepção hermenêutica que dê prevalência à norma jurídica, quanto a que faça predominar a realidade fática subjacente, leva ao decisionismo jurídico. Segundo Friedrich Müller (2009, p. 32), é neste sentido que a hermenêutica de Hans Kelsen (2006) em muito se aproxima da realizada por Carl Schmitt. Isso porque, para o primeiro, a tensão entre ser e dever-ser tende na direção do dever-ser e, para o segundo, na direção do ser.

Neste sentido, afirma Marcelo Andrade Cattoni (2003, p. 186):

Ao contrário, portanto, de se manter, de forma unilateral, tanto o enfoque teórico-normativo da teoria tradicional do direito, quanto o enfoque tantas vezes céptico e objetivante, realista, da sociologia jurídica, é preciso explorar as tensões presentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa já presentes e vigentes nas próprias realidades sociais e políticas.

Assim, nem os enunciados jurídicos podem existir prontos e acabados como se solucionados em si mesmos, diante de suas possíveis interpretações, como também a situação fática não pode ficar isolada, sem qualquer vínculo com os enunciados reguladores.

Portanto, ser e dever-ser são situações intimamente interligadas, um não existindo sem o outro, passando a norma jurídica ser estudada, não como um problema da filosofia do direito, a partir de seus significados ontológicos, e sim, de suas partes integrantes: o programa normativo e o âmbito normativo.

O jurista necessita, pois, tanto de dados lingüísticos, quanto de dados reais. O resultado da interpretação de todos os dados lingüísticos é um resultado

intermediário e provisório denominado programa normativo. Já o âmbito normativo refere-se ao conjunto de todos os fatos relevantes. (MÜLLER, 2009, p.305).

Deste modo, o programa normativo é entendido como o resultado da interpretação dos dados lingüísticos e o âmbito normativo como o conjunto de fatos relevantes. Ambos, contudo, partes integrantes da norma jurídica, sem os quais ela não existe.

A norma jurídica não é assim o resultado de interpretações de enunciados jurídicos, realizadas pelos intérpretes, como afirmaram os positivistas ao diferenciarem texto de norma jurídica, mas sim algo que contém tanto o texto jurídico quanto a realidade fática subjacente, ou seja, o programa normativo e o âmbito normativo.

Nestes termos, a concretização da norma jurídica não significa tornar concreta uma norma geral que já se encontra no texto legal. A concretização é, realisticamente, considerada a construção da norma jurídica diante do caso concreto examinado. A norma jurídica não existe *ante casum*, mas só é construída *in casu*. (MÜLLER, 2009, p. 305).

A norma jurídica deixa de ser vista como pressuposto, para tornar-se o resultado a que se chega ao curso de um processo, no qual, o programa normativo e o âmbito normativo, em permanente interação dialética, reciprocamente, exigem-se, esclarecem-se, iluminam-se e revelam-se. (COELHO, 1998, p. 127).

Assim, quando a cúpula do Poder Judiciário defende proposições jurídicas desvinculadas do caso concreto analisado, tratando o direito como uma sucessão de teses criadas e impostas aos destinatários, sem qualquer relação com a situação concreta subjacente, está propondo que as normas jurídicas sejam o resultado de enunciados previamente interpretados. Daí surge dois problemas: primeiro, o direito passa a ser o que o Supremo Tribunal Federal diz que é; e, segundo, reforça-se a dicotomia existente entre direito e realidade.

Neste sentido critica Friedrich Müller (2009, p. 120):

[...] O Supremo Tribunal Federal quer que os aspectos da lei moral defendidos por ele no caso particular sejam entendidos como proposições do dever-ser, dadas previamente, como proposições que determinam o convívio humano independentemente de serem reconhecidas pelos destinatários da norma como sistema de valor a ser aceito.

O equívoco desse modo de agir é a exclusão do âmbito normativo como parte integrante da norma jurídica, que passa a isolar-se no mundo da facticidade, esquecendo-se o Poder Judiciário que ele está contido na norma, assim como o programa normativo.

Mesmo porque, a diferença entre texto e norma jurídica não pode significar apenas a dicotomia entre letra e espírito da lei, como afirmaram os positivistas, mas sim, a estrutura da normatividade materialmente determinada, não apenas como o material apreendido pela norma ou pelo texto normativo, ou seja, como setor da realidade fornecedora do material, mas como parte integrante da disposição legal a ser concretizada. (MÜLLER, 2009, p. 196).

Ressalta-se, no entanto, que o texto da norma jurídica é um limite interpretativo, na medida em que, se a interpretação estiver em clara contradição com as possibilidades lógicas de compreensão, inseridas no texto normativo, será esta uma decisão inadmissível.

A ideia estruturante mais precisa de âmbito normativo é, ao contrário, restrita pelo programa normativo. Ambos em conjunto se mostram ao intérprete em diferentes relações de mistura, bem como em graus de precisão muito diversos no texto. (MÜLLER, 2009, p. 213/215).

Integrada a norma jurídica pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, a concretização do direito não pode mais ser vista como a aplicação da norma jurídica, a partir da interpretação do texto jurídico e a sua subsunção ao caso concreto examinado, mas sim, a própria construção da norma jurídica, o que só ocorre mediante o exame do caso concreto.

A Teoria Estruturante do Direito tem como tarefa elaborar a seguinte reflexão: primeiro, esses fatos continuam relevantes para o programa normativo elaborado?

Segundo, são compatíveis com o conteúdo do programa normativo? Em seguida, podem ser incorporados na decisão? Isto deve ser passível de controle no Estado Democrático de Direito, graças à apresentação clara dos argumentos. (MÜLLER, 2009, p. 305).

Entender de modo diverso é fazer perpetuar os equívocos de uma hermenêutica positivista, que assim como pensou que sujeito e objeto poderiam ser separados no estudo das ciências em geral, entendeu que direito e realidade estariam dicotomizados como dois fenômenos estanques das ciências jurídicas.

Caso a jurisdição constitucional de forma natural e continuada consiga preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, tarefa esta que será tanto mais facilitada quanto maior for a sua capacidade de auscultar e compreender os anseios sociais, as cortes que exercem essa jurisdição estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria existência no marco do Estado Democrático de Direito (COELHO, 1998, p. 128).

1.3 O CASO CONCRETO COMO ESPAÇO EFICAZ PARA A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão que se pretende examinar no último subitem deste capítulo é, se a legitimidade democrática das decisões judiciais, em um Estado Democrático de Direito, exige que sejam assegurados aos afetados pelo provimento jurisdicional uma efetiva participação nos processos de tomada de decisão, levando-se em consideração os seus argumentos. Para tanto, faz-se necessário investigar se o espaço mais eficaz para a efetivação dos direitos fundamentais na jurisdição constitucional é o caso concreto.

Para tratar o tema é necessário, primeiramente, buscar um conceito de democracia compatível com o Estado Democrático de Direito, o que será considerado, adotando-se como pressuposto a Teoria Democrática de Friedrich Müller (2010), que traça os

seus contornos ao criticar as formas atuais de se conceituar o povo, acabando por chegar a uma concepção que o reaproxima da noção de soberania popular.

Segundo o autor, é preciso ter o cuidado com os conceitos de povo que impedem a sua compreensão enquanto multiplicidade de pessoas reais que habitam um território de um Estado, ou seja, como uma multiplicidade não unitária em si, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não discriminada. (MÜLLER, 2010, p. 44).

O autor critica as concepções de povo que acabam por reduzir o seu significado, dentre os quais ele cita: o de povo ativo; o de povo legitimante enquanto instância de atribuição; e, por fim, o de povo ícone. Segundo ele, o povo ativo é considerado apenas os eleitores de um país; o povo legitimante justifica o Estado e engloba, tão somente, os cidadãos; e o povo ícone, ao mesmo tempo em que mistifica o seu conceito, torna-o vazio, intocável e não diz respeito a nenhuma pessoa viva. (MÜLLER, 2010, p. 60).

Propõe, assim, o autor (MÜLLER, 2010), o conceito de povo como destinatário das prestações civilizatórias e como povo participante. O primeiro, como titular não apenas de liberdades civis, mas também de direitos humanos e o segundo, como verdadeiro responsável pela concretização da democracia em um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, a democracia, nos termos traçados por Friedrich Müller (2010, p. 92), está relacionada com a maneira pela qual as pessoas são tratadas neste sistema de poder organizado chamado Estado, ou seja, não como subpessoas, não como súditos, mas sim como membros do soberano, do povo, que legitima no sentido mais profundo a totalidade do Estado.

Trata-se de um conceito que se relaciona intimamente à ideia da efetivação de direitos fundamentais, de forma tal, que é perfeitamente possível afirmar, que sem a observância de direitos fundamentais, não pode haver democracia. Este conceito de povo não se restringe aos nacionais e não exclui, nem mesmo, os rejeitados, os marginalizados, todos como legítimos destinatários de direitos fundamentais.

Deste modo, todos que habitam o território nacional têm direitos fundamentais que precisam ser respeitados, ao mesmo tempo, em que é igualmente importante a participação de todos no processo político-democrático. Trata-se dos dois aspectos da cidadania: de um lado, o seu *status positivo* que orienta a todos a participarem do processo democrático e, de outro, o seu *status negativo*² que lhes garante a plena efetivação de direitos fundamentais. Pode-se afirmar assim, que sem a efetiva garantia de direitos fundamentais, não há que se falar em democracia.

Do mesmo modo, sem a efetivação de direitos fundamentais, não há que se falar em identidade do sujeito constitucional, já que, segundo Michel Rosenfeld (2003, p. 47), para a reconstrução do discurso constitucional é necessário submetê-lo aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo, que são os seguintes: compromisso do governo limitado; adoção do princípio do Estado de Direito – rule of law; e, por fim, a proteção dos direitos fundamentais.

Michel Rosenfeld (2003, p. 46), ao tratar da identidade constitucional, afirma que a sua construção e reconstrução representam dois momentos distintos. De um lado, o papel da construção é introduzir novos elementos que exercem influência na composição das identidades constitucionais e, de outro, a tarefa da reconstrução é a de harmonizar os novos elementos com os existentes. Nestes termos, segundo o autor, a construção possibilita um vislumbre da identidade constitucional e a reconstrução transforma este vislumbre em uma imagem definitiva.

A dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional em sua luta por alcançar equilíbrio em um cenário sempre mutável. Nesse aspecto, compreender e aplicar a força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse (1991), como a interpretação construtiva de um sistema de direitos

² Status positivo e negativo. Termos cunhados por JELLINEK, G. Sistema dei diritti pubblici subiettivi, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/14782/14346>. Acesso em: 03 de dezembro de 2010.

fundamentais (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 321), permite que a identidade do sujeito constitucional torne-se dinâmica, aberta e não naturalizada.

Segundo Konrad Hesse (1991, p. 19), a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Assim, a Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Também neste sentido, afirma Cássius Guimarães Chai (2004, p. 584):

Identidade constitucional é sentimento de pertinência à Constituição e constitucionalização de uma nação, e, a construção desse sentimento só pode se dar em um Estado Democrático de Direito. Não em qualquer democracia, mas naquelas em que as observâncias aos direitos humanos e às garantias constitucionais estejam em observação ativa e não passiva. Para essa construção deve concorrer a substância do povo, como no dizer de Müller, a resposta resulta somente na faticidade social, que por sua vez é mediada multiplamente pela linguagem.

Estabelecidas algumas premissas para a construção de uma sociedade democrática, pergunta-se: qual é o papel do jurista diante deste novo conceito de povo? Ao lado de um grande tirano como afirmou Montesquieu, para justificar-lhes os atos? Certamente que não. Segundo Friedrich Müller (2010, p. 80/81), o lugar dos juristas é junto ao povo.

Neste sentido, afirma o autor (MÜLLER, 2010, p. 80/81):

[...] E aqui já foi proposta uma resposta à pergunta modernizada de Pilatos: Quem é o povo? Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de massas das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército de guerrilheiros. Trata-se de todo o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas:

trata-se do povo enquanto destinatário das prestações estatais negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu.

O papel do jurista deve ser o de contribuir para o processo democrático, garantindo decisões judiciais, que ao mesmo tempo em que ofereçam segurança jurídica, sejam também legítimas. Faz-se, assim, essencial a discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais, na medida em que, esta, há muito, deixou de ser um problema que se reduz à autoridade daquele que profere a decisão.

O filósofo e jurista François Ost (1993) descreve três tipos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes, que são examinados com o objetivo de traçar um modelo de Judiciário apto a enfrentar os problemas referenciados.

O primeiro modelo é o do juiz Júpiter, que se identifica com a base teórica de Hans Kelsen (2006) e tem referências políticas no Estado liberal do século XIX. Baseado em um direito hierarquizado e com foco na autoridade judicial e na lei, este tipo de juiz é representado por uma pirâmide. Para se chegar a este modelo, parte-se do pressuposto equivocado da existência de um monismo jurídico e político, que expressa a força do direito exclusivamente na lei, acreditando haver um consenso nacional que se expressa através dos códigos legais. Este juiz limita-se a ser boca da lei, ou seja, a realizar sua tarefa de subsunção do direito. (CUNHA, 2006, p. 230/231).

O segundo modelo apresentado, é o do juiz Hércules, que prioriza a resolução dos problemas através da jurisprudência, enfatizando a necessidade do exame do caso concreto para a interpretação da lei. Para ele, é a decisão judicial e não a lei que cria o direito, explicitando a importância dos princípios jurídicos, que segundo ele, devem ser interpretados como normas jurídicas, assim como as regras. Este tipo de juiz é representado por um funil, na medida em que, parte do pressuposto de que é o caso concreto que limita e condiciona o exame da norma geral e abstrata, identificando-se com o modelo do Estado Social do século XX. (CUNHA, 2006, p. 232/233).

Por fim, o modelo do juiz Hermes, que é aquele que considera a liquidez do direito, apto a ocupar todo o espaço disponível, sendo representado por uma rede que tem conexões fixas com a realidade, mas que, ao mesmo tempo, inter-relaciona-se em todos os aspectos. Este juiz não se baseia exclusivamente em códigos e leis, mas também na jurisprudência, costumes, princípios, convenções internacionais, doutrina e principalmente, nos argumentos explicitados pelos envolvidos no processo. Parte ele do pressuposto de que a sociedade atual é complexa e composta por diversidades, havendo, pois, uma infinidade de atores jurídicos tais como: julgadores, membros do legislativo, administradores, particulares, todos intérpretes autorizados do direito, não havendo que se falar em hierarquia entre eles. (CUNHA, 2006, p. 233/235).

O juiz Hermes julga o caso concreto com a consciência de que é parte de uma sociedade. Ele aceita as diferenças de cada um dos envolvidos e leva em consideração seus pontos de vista acerca dos interesses em jogo. Tem esse juiz a verdadeira noção de seu papel na sociedade, que não se limita ao reduzido território em que detém sua competência jurisdicional, mas que é parte de um mundo globalizado e integrado. Tem ele, portanto, a noção de seus limites como julgador, considerando-se, apenas, mais um dentre os intérpretes da Constituição.

Pode-se afirmar que o juiz do tipo Hermes tem a exata noção do seu importante papel para a concretização da democracia em uma sociedade moderna, inclusive como um dos responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, o que não significa dizer, que acredite poder criar enunciados gerais e abstratos, atividade exclusiva do Poder Legislativo.

Sabe o juiz Hermes que a atividade do Poder Judiciário afasta-se da abstração legal e recai na solução do caso concreto, o que se faz a partir do exame das especificidades do caso concreto e dos argumentos dos interessados, devendo o juiz, ao deparar-se com as omissões do legislador, realizar uma reengenharia interpretativa das normas existentes e nelas reconhecer o seu papel de integrador da Constituição. (GARCIA, 2009, p. 306).

Esse juiz não se omite diante da necessidade de cumprir a Constituição Federal e de efetivar direitos fundamentais, mas ele tem a consciência de que, embora seja peça essencial do processo democrático, não é a única, acreditando no entrelaçamento sistemático de todas as funções estatais: legislativa, judicial e administrativa e sabendo-se parte de um sistema maior que visa à efetivação de direitos fundamentais.

A partir desse modelo de Judiciário, pode-se afirmar que para que possa ser realizada tanto a democracia, quanto à identidade do sujeito constitucional, em um Estado Democrático de Direito, é necessário garantir a efetivação de direitos fundamentais, o que, por sua vez, confere legitimidade às decisões judiciais.

As decisões judiciais, em um Estado Democrático de Direito, precisam oferecer tanto segurança jurídica, o que requer decisões de acordo com o direito vigente, quanto legitimidade, o que exige que sejam considerados nas decisões judiciais o caso concreto apreciado e os argumentos dos afetados pelo provimento jurisdicional.

Nestes termos, uma democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições). Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente, mediante a realização dos direitos fundamentais. (HÄBERLE, 1997, p. 36).

Levar em consideração os argumentos dos afetados pela norma jurídica no processo interpretativo e as especificidades do caso concreto é a maneira pela qual é possível resgatar a legitimidade das decisões da Corte Constitucional, afastando-se esta da tentação de, sob a escusa de uniformizar o direito, transformar-se em responsável pela criação de sucessivas teses jurídicas.

Mesmo porque, tanto a realidade fática subjacente quanto os argumentos dos afetados pela decisão judicial, longe de arriscarem à imparcialidade dos juízes e tribunais jurisdicionais, são os modos mais democráticos de se resgatar a legitimidade para as decisões judiciais.

CAPÍTULO 2 – A TENDÊNCIA À AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ABSTRATO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO JUDICIÁRIO NO BRASIL

2.1 ALGUNS ASPECTOS DA CENTRALIZAÇÃO DE PODER NA CÚPULA DO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DAQUELE QUE DITA OS VALORES DA SOCIEDADE

Em tempos de súmulas vinculantes, necessidade de demonstração de repercussão geral para admissão dos Recursos Extraordinários e ponderação de princípios, nunca o Supremo Tribunal Federal concentrou tanto poder.

Recentemente, a situação agravou-se em razão de algumas decisões da Corte Suprema, que alterando os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, acabou equiparando-o ao controle concentrado, centralizando no Supremo Tribunal Federal o poder, até então, pulverizado entre os demais órgãos jurisdicionais.

Equiparado ao papel de superego da sociedade, por Ingeborg Maus (2000, p.185), a Corte Constitucional incorporou a figura paterna e passou a ter a difícil incumbência de dizer o que é certo ou errado em uma sociedade pluralista.

O fenômeno não é isolado, ocorrendo também em outros países, mas o fato é que a situação vem estando fora de controle nos últimos tempos. A aversão ao positivismo, aliado a um Poder Legislativo omissivo, acrescido da própria retórica do Poder Judiciário, no sentido de ser dele o dever de preservar os valores da sociedade, acabam naturalizando a situação.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se, assim, como único capaz de realizar o controle de constitucionalidade das leis, estendendo suas funções para além da seara de aplicação do direito e concorrendo com o procedimento de sua criação, utilizando-se, inclusive, de argumentos políticos e não jurídicos para fundamentar suas decisões.

O Ministro Gilmar Mendes, em entrevista ao Jornal O Valor Econômico, realizada em 9 de junho de 2008³, afirmou que o Supremo Tribunal Federal seria competente para suprir as deficiências do Poder Legislativo, já que, segundo ele, enquanto os parlamentares representam a população pelo voto que recebem, o Supremo Tribunal Federal faz a representação argumentativa da sociedade.

O argumento do Presidente faz alusão à Teoria do filósofo alemão Robert Alexy (2008, p. 163-165), que afirma que a legitimidade das decisões judiciais não está na autoridade de quem as profere, como entenderam os teóricos do positivismo jurídico e sim, na fundamentação racional das decisões.

Tendo o Judiciário, a função de integração social e estabilização das relações sociais, ou seja, tendo as suas decisões o objetivo de trazer segurança jurídica para a sociedade, assim como, de serem tomadas no quadro do direito vigente, incorporando decisões racionais fundadas, não apenas nos termos do tratamento anterior de casos análogos, mas no caso concreto (CATTONI, 2004, p.51), pretende-se examinar de que modo o exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal pode legitimar-se no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A Emenda Constitucional nº 45 trouxe para o ordenamento jurídico uma série de institutos, visando efetivar direitos previstos na própria Emenda, dentre os quais, a previsão da razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, nos termos dispostos pelo artigo 5º LXXVIII, da Constituição Federal.

Para dar efetividade à regra mencionada, alguns institutos que já vinham sendo discutidos há algum tempo, são erigidos à categoria de normas constitucionais, como por exemplo, as súmulas vinculantes e a necessidade de comprovação de repercussão geral para interposição de Recurso Extraordinário.

Outras medidas, contudo, embora não tenham sido veiculadas na Constituição Federal ou em outra norma infraconstitucional, foram suscitadas pela jurisprudência

³ Jornal Valor Econômico, 09 de junho de 2008. Disponível em <http://www.valor.com.br>. Acesso em 20 de novembro de 2010.

do Supremo Tribunal Federal, dentre elas, menciona-se a modificação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, que veio à tona, entre outros casos, pelo HC 82.959/SP, que trata da progressão de regimes aos condenados por crimes hediondos.

O Supremo Tribunal Federal trilhando o caminho para acabar, de uma vez por todas, com o controle difuso de constitucionalidade, presente em nosso ordenamento desde a primeira Constituição da República, vem modificando os efeitos das decisões que, tradicionalmente, valeriam entre as partes litigantes, para estendê-los *erga omnes* e com efeitos vinculantes, efeitos típicos do controle concentrado de constitucionalidade.

Deste modo, a cúpula do Judiciário, que dividia suas funções de Tribunal Constitucional com os demais órgãos do Poder Judiciário, dá um grande passo em direção à concentração de poder, tornando os efeitos pessoais do controle difuso de constitucionalidade algo que depende, exclusivamente, de sua vontade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal vem firmando-se com aceitação de alguns doutrinadores, conforme se pode verificar da declaração de Dirley da Cunha Junior (2008, p. 302):

[...] Com isso, sobreleva-se o papel do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, no controle de constitucionalidade, enaltecendo a jurisdição constitucional no Brasil e reforçando o sistema de defesa da Constituição. Impõe-se, por conseguinte, uma mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva com o escopo de redirecionar a competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição, para a atribuição, não mais de efeitos genéricos, mas tão somente de mera publicidade à decisão do Supremo que declara, no controle concreto, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visando, finalmente, equiparar os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto.

Um dos fatores que contribui para a concentração de poder na cúpula do Judiciário refere-se à consideração dos princípios jurídicos como valores, pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, com conteúdo axiológico e não deontológico. Tratados desta forma, os princípios constitucionais são colocados na balança, decidindo-se qual deve prevalecer em caso de colisão.

Assume, assim, o Poder Judiciário, o papel de tradutor dos valores da sociedade, partindo da tradição da jurisprudência de valores da Alemanha, em que os princípios são aplicados em diferentes graus, mediante a utilização de regras de prioridade (CATTONI, 2004, p.66).

Como causa da centralização desordenada de poder pode-se mencionar o medo do retorno ao positivismo, que ao ver o sistema jurídico apenas como um conjunto de regras acabou caindo nas armadilhas do decisionismo judicial, por não encontrar solução para os casos difíceis.

Nestes termos, tem-se, de um lado, um Poder Legislativo omissivo que deixa de cumprir com o seu papel e, de outro, um Poder Judiciário vaidoso que se sente confortável diante do novo papel que vem exercendo na sociedade.

Mas não foi sempre assim. No paradigma do Estado Liberal, os direitos fundamentais representavam direitos negativos, ou seja, direitos dos cidadãos contra os arbítrios do Estado, devendo este permanecer o mais omissivo possível para possibilitar a realização das liberdades individuais. Nesta fase, o Poder Legislativo preponderava sobre os demais poderes, uma vez que, o objetivo era que os cidadãos, por intermédio das leis elaboradas por seus representantes, criassem regras que os protegessem contra o próprio Estado.

Já no paradigma do Estado Social, em que foi exigido do Estado um comportamento positivo para que os direitos sociais fossem efetivados, o Poder Executivo torna-se o mais relevante, assumindo o Poder Judiciário o papel de garantidor de tais direitos. No paradigma do Estado Democrático de Direito, por sua vez, o Poder Judiciário prepondera sobre os demais, sendo este o legítimo responsável por ditar os valores da sociedade.

De acordo com Robert Alexy (2008, p. 131/132), o sistema jurídico é formado por regras e princípios, sendo, estes últimos os representantes dos argumentos morais da ordem jurídica. Os princípios seriam, segundo ele, valores otimizáveis que poderiam entrar em colisão entre si, cabendo ao Poder Judiciário, em seu papel de

guardião da Constituição, dar peso maior a um ou a outro a partir da análise do caso concreto.

O autor cria, portanto, um método para a aplicação do direito, em que os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito apresentam-se como pressupostos da aplicação da ponderação de princípios, ou melhor, como requisitos objetivos, para que não se deixe à discricionariedade judicial tal função. (ALEXY, 2008, p. 110/116).

Neste sentido, para os adeptos desta corrente, a única alternativa para a superação da crise do positivismo seria conferir ao Judiciário o poder de detentor da moral da sociedade, decidindo este os seus valores prevalecentes.

Sobre o tema, manifesta-se Marcelo Cattoni (2005, p.3/4):

[...] Com base numa nova compreensão, segundo a qual o raciocínio jurídico deve ser compreendido como uma ponderação de valores, em que os princípios constitucionais passam a ser tratados, seguindo a tradição da jurisprudência dos valores na Alemanha, como comandos otimizáveis, que colidem entre si para reger um caso concreto (Alexy). Esses 'princípios' devem ser aplicados em diferentes graus, mediante a utilização de 'regras de prioridade' e do princípio da proporcionalidade a uma mesma decisão judicial, vista como um meio preferível, conveniente ou ótimo para a realização de um ideal totalizante de sociedade, que estaria pressuposto à Constituição: uma pretensa ordem concreta de valores, supostamente compartilhados por todos os membros da nossa sociedade política. Ou seja, a ponderação de princípios como valores, sob condições de prioridade e do princípio da proporcionalidade – que exigem indagar pela adequação, necessidade e estrita proporcionalidade da decisão a valores e a finalidades pretensamente compartilhados – submete a aplicação das normas a um cálculo de tipo custo/benefício, rompendo com a doutrina anteriormente assentada das questões políticas, mas não necessariamente com a sua compreensão do princípio da supremacia do interesse público.

A teoria, embora tenha sido extremamente criticada, é, ainda hoje, utilizada pela mais alta corte brasileira para justificar a sua ingerência nos demais poderes. Deve-se, pois, partir do pressuposto de que a jurisprudência de valores, amplamente utilizada pela Corte Constitucional, não é inerente ao nosso sistema jurisdicional, mas apenas um, dentre os diversos modelos possíveis.

A referida teoria retira a legitimidade da autoridade que profere a decisão para direcioná-la para a possibilidade de sua sustentação racional. Neste aspecto, ela se assemelha a Teoria de Argumentação Jurídica de Chaim Perelman (2005), que afirma que não há respostas certas ou erradas para determinadas questões e sim, respostas razoáveis que convencem o auditório a que elas se destinam.

Rechaça-se, pois, o uso da força ao apoiar a legitimidade das decisões judiciais na persuasão racional do auditório, pressupondo, pois, uma comunidade dialógica, em que há a liberdade do orador para expor suas idéias, assim como do auditório, para aderir ou não a estas idéias, conforme explicitou Robert Alexy (2005, p.168):

[...] Nesse sentido, Perelman fala de condicionamento do auditório pelo discurso (condetionnement de l'auditoirie par le discours). Estas considerações que se referem aos efeitos dos argumentos pertencem a uma teoria descritiva, psicológica ou psicossociológica da argumentação. A pretensão de Perelman de proceder de forma lógico-analítica deve-se limitar ao menos nesta medida. O conceito de auditório contém porém, também a chave para uma teoria normativa da argumentação: O valor de um argumento, segundo Perelman, determina-se de acordo com o valor do auditório a que persuade. No centro da teoria perelmaniana, enquanto teoria normativa da argumentação, encontra-se por isso a caracterização de um auditório, a que só pode persuadir mediante argumentos racionais. Para Perelman, este é o auditório universal (auditoire universel). A adesão do auditório universal é o critério para a racionalidade e objetividade da argumentação.

Ressalta-se, contudo, que macular a legitimidade do Tribunal Constitucional significa abalar a própria estrutura do Estado Democrático de Direito que dele depende para que possa estabelecer-se com soberania, democracia e cidadania. É preciso, assim, traçar os limites do Poder Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Ronald Dworkin (2007), o sistema jurídico é concebido como um conjunto de regras e princípios, estes, contudo, deixam de ter a mera função de preenchimento de lacunas para afirmarem-se como verdadeiras normas.

Para o referido autor, os princípios não são comandos otimizáveis, como entendeu Robert Alexy (2005), mas sim, comandos deontológicos, que assumem o papel de norma jurídica. Haveria, assim, segundo ele, apenas uma resposta correta para cada caso concreto, devendo esta ser considerada a partir da análise do caso concreto e

do sistema de normas examinadas em um determinado momento histórico. (DWORKIN, 2007).

Ronald Dworkin (2007, p. 287/288) entende que há uma interpretação construtiva do direito, em que cada autor escreve um capítulo do romance, a partir do ponto em que este lhe tenha sido entregue, que é o que ele denomina de romance em cadeia. Para a referida tarefa, o autor cria a figura do juiz ideal, Hércules, que segundo ele, teria sabedoria, comprometimento e capacidade sobre-humana e que, portanto, poderia lidar com os casos mais difíceis sem comprometer a integridade do direito.

Pode-se dizer que, analisando o direito na perspectiva da integridade como Ronald Dworkin (2007), espera-se que o Poder Judiciário decida com base em normas jurídicas, levando em consideração que esta é formada não só por regras, mas também por princípios jurídicos, que são comandos deontológicos, e que, portanto, não ficam à mercê de sua valoração pelos membros da Corte Constitucional, a partir de suas convicções acerca do que seja o direito.

Além de decisões jurisdicionais fundadas no direito vigente, o Poder Judiciário precisa buscar decisões tomadas a partir do caso concreto e que sejam também legítimas (CATTONI, 2004, p. 51). Ocorre que a legitimidade das decisões jurisdicionais não está na autoridade de quem as profere, nem em sua sustentabilidade com base em fundamentos racionais.

Para Jürgen Habermas (1997, p. 157), a legitimidade das decisões não pode ser examinada apenas sob a perspectiva da aplicação do direito, mas sim, da aplicação de um direito legítimo, ou seja, construído, em uma concepção procedimentalista, mediante a autonomia, tanto privada, quanto pública, garantida a todo o cidadão, que, segundo ele, pressupõem-se e complementam-se, permitindo que os destinatários possam estabelecer-se, ao mesmo tempo, como autores e como sujeitos do direito.

O autor (HABERMAS, 1997, p.181/183), criticando os paradigmas liberais e do bem-estar-social, propõe um novo paradigma:

Além do mais, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado Social interpretam a realização do direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso. Tais premissas colocam as citadas tendências de crise numa outra luz; e uma avaliação diferente recomenda práticas novas [...] O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.

Do mesmo modo, afirma Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2004, p. 349), segundo o qual, para que seja possível cumprir os dois requisitos de uma decisão jurisdicional: certeza e aceitabilidade racional, são necessárias, tanto uma fundamentação interna que pressupõe a concepção do direito como ordenamento principiológico, quanto uma fundamentação externa obtida sob condições comunicativas que permite que todos os cidadãos que participem dos processos de decisões possam manifestar suas opiniões da forma que entenderem conveniente, desde que, respeitando o processo imparcial estabelecido.

Deste modo, pode-se afirmar que a atividade jurisdicional conferida ao Poder Judiciário deve aplicar o direito mediante a análise do caso concreto, mas não o direito que ele cria, a partir de comandos gerais e abstratos, como nos casos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mas sim, o direito vigente, estabelecido pelo devido processo legislativo por intermédio daqueles que são eleitos pelo voto popular para exercerem tal tarefa, de acordo com a Constituição Federal.

Assim, ao contrário do que vem afirmando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, não tem a cúpula do Poder Judiciário legitimidade argumentativa para dizer o direito em abstrato, sendo esta função do Poder Legislativo, que é quem tem a legitimidade representativa.

A legitimidade das decisões envolve decisões coerentes com o ordenamento jurídico vigente e ao mesmo tempo, adequadas ao caso concreto subjacente. Afastar-se disso é destruir os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, paradigma constitucional pelo qual é preciso romper com os paradigmas⁴ anteriores, possibilitando a construção de uma sociedade mais comprometida com o debate democrático.

Portanto, a legitimidade das decisões judiciais não está na autoridade de quem as profere, nem em sua capacidade de ser sustentada racionalmente ou mesmo, na aceitabilidade de suas decisões pelo auditório a que ela se dirige, mas sim, no fato de serem decisões consistentes com o direito vigente, além de decisões coerentes com o caso concreto examinado e argumentos das partes interessadas.

2.2 A CRISE DE IDENTIDADE DO PODER JUDICIÁRIO RUMO À JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE E SEUS ASPECTOS PARADOXAIS

A eficácia vinculante das decisões do Poder Judiciário não é exatamente uma novidade. Nos últimos tempos, no entanto, ela vem deixando de ser excepcional para tornar-se regra. Isso ocorre, porque os efeitos que foram inicialmente previstos para as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, passaram a alcançar também as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade.

Trata-se de tendência que teve início a partir de algumas reformas processuais, que alterando o Código de Processo Civil, passaram a valorizar os precedentes judiciais, dentre os quais, pode-se mencionar o artigo 557, *caput* e § 1º - A do CPC, implementado pela Lei nº 9.756/98; o artigo 518, § 1º do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.276/2006; o artigo 475 do CPC, acrescentado pela Lei nº

⁴ Paradigma é o que os membros de uma comunidade partilham, conforme significado dado por Thomas S. Kuhn, na obra *A estrutura das Revoluções Científicas*.

10.352/2001; o artigo 285-A do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.277/2006, dentre outros.

Os dispositivos referenciados permitem a vinculação discursiva pela fundamentação do julgado, ou seja, buscam, a partir da investigação da equivalência entre a razão de decidir do precedente e a do caso concreto examinado, se é possível utilizar a mesma solução dada ao caso julgado.

Com a previsão das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e, em seguida, em razão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que passou a conferir efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, a vinculação que, inicialmente, considerava tanto o caso concreto do precedente, quanto o do caso a ser julgado passa a dizer o direito em tese, extraindo uma regra geral e abstrata do exame de um caso concreto específico.

A Reclamação nº 4335-5/AC⁵, interposta da decisão do juiz da vara das execuções penais da Comarca de Rio Branco – Acre, que negou o pedido de progressão de regime aos condenados ao cumprimento de pena em regime integralmente fechado é um bom exemplo disso.

A medida foi interposta em razão do descumprimento da decisão proferida no HC 82.959-SP⁶, em que o Ministro Gilmar Mendes, no controle difuso de constitucionalidade, concedeu efeitos vinculantes à declaração de inconstitucionalidade do Artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

A referida decisão, juntamente com outras, vem explicitando a tendência do órgão de cúpula do Poder Judiciário em equiparar o controle difuso de constitucionalidade

⁵ A Reclamação 4335-5/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública da União, tendo como reclamado o juiz de direito da vara das execuções penais da Comarca de Rio Branco. O caso teve por objetivo discutir se uma decisão anterior proferida em sede de controle difuso poderia ter validade *erga omnes*, sem a edição de resolução do Senado Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em 26 de outubro de 2010.

⁶ HC 82959. Rel. Min. Marco Aurelio. Julgado em 23/02/2006 e publicado no DJ em 01/09/2006.

ao controle concentrado, fazendo com que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, originalmente misto, venha tornando-se, predominantemente, concentrado.

Ademais, ao conceder no controle difuso de constitucionalidade os mesmos efeitos previstos para as súmulas vinculantes, e ainda, sem a necessidade de observância dos requisitos exigidos constitucionalmente para a aprovação das mesmas, o Supremo Tribunal Federal acaba tornando ineficaz este instrumento, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

As súmulas vinculantes foram previstas com o objetivo de contribuir com a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e com a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, que foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, conforme previsão da Constitucional nº 45/04. Além disso, o referido instituto também tem como meta a unificação da jurisprudência, visando evitar decisões contraditórias.

Ocorre que o instrumento processual previsto para a garantia da eficácia das súmulas vinculantes e dos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou seja, a Reclamação para o Supremo Tribunal Federal vem se tornando um instrumento paradoxal em relação aos seus próprios objetivos, uma vez que, começam a abarrotar as Cortes Constitucionais, e, o que é pior, realizando o exame de questões fáticas, o que em regra, não é o objetivo desta instância extraordinária, que visa à análise de questões constitucionais, ou seja, jurídicas.

Vem, assim, o Poder Judiciário enfrentando uma grave crise de identidade, na medida em que, passa a dizer o direito em tese, criando comandos de caráter genérico, com eficácia contra todos e efeitos vinculantes, atribuição para a qual é questionável a sua legitimidade. A consequência disso é a lesão a direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, que tem no princípio da separação de poderes um dos seus pilares.

Lênio Streck, em entrevista ao site Consultor Jurídico, em 15 de março deste ano, afirmou que a tendência vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal é no fundo uma resposta darwiniana a uma espécie de estado de natureza hermenêutico que criamos⁷. De acordo com o professor, trata-se de uma hermenêutica descompromissada com o direito, que é, equivocadamente, substituída por juízos subjetivos do julgador, sob a escusa de privilegiar a justiça em detrimento do direito.

É importante ressaltar, que os efeitos vinculantes passaram a ter previsão constitucional, a partir da Emenda Constitucional nº 03/93 que, acrescentando o § 2º ao artigo 102, da Constituição Federal, estabeleceu-os para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC).

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal passou a determinar os efeitos vinculantes também para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), sob o fundamento do caráter dúplice dessas ações. Foi, no entanto, com a edição da Lei nº 9.868/99 que eles foram estendidos, expressamente, às Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, contudo, acrescentou-se à Constituição Federal o artigo 103-A, que previu as súmulas vinculantes com estes efeitos. Mas, foi só a partir de algumas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, dentre as quais, pode-se citar o HC 82.959-SP, que declarou a inconstitucionalidade do Artigo 2º, da Lei 8.072/90, conferindo a esta decisão efeitos *erga omnes* e vinculantes, é que tais efeitos passaram de exceção à regra nas decisões proferidas pela Corte Constitucional.

A referida decisão, assim como várias outras proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, vem contribuindo para extinguir o controle difuso de constitucionalidade, previsto para valer apenas com efeitos *inter partes*, tornando-o idêntico ao controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

⁷Entrevista com Lenio Streck, Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15 de março de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 26 de outubro de 2009.

Isso, sem a necessidade de atendimento dos requisitos previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, que são os necessários para a criação das súmulas vinculantes, dentre os quais, pode-se mencionar, a provocação de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Ademais, nos termos do § 1º, do artigo 103-A, da Constituição Federal, as súmulas vinculantes, que têm por objetivo a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, devem tratar de questões sobre as quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal vem concedendo, em sede de controle difuso de constitucionalidade, os mesmos efeitos previstos para as súmulas vinculantes, embora sem a necessidade de atendimento de um só dentre os requisitos exigidos constitucionalmente. A consequência disso é claramente percebida: a edição de súmulas vinculantes poderá tornar-se um instrumento formalmente previsto, mas, sem nenhuma utilidade prática.

Neste sentido, Lenio Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima (2008, p.363):

Parece que a diferença está na concepção do que seja vigência e eficácia (validade). Decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contraria a própria Constituição. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual a controle concentrado. Assim, se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamento- dar efeito vinculante ao controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades).

A tendência vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem várias explicações, uma delas é a de ser uma resposta do sistema à crise do Poder Judiciário, que após anos de ditadura militar, passa de um órgão omissivo para o outro extremo, o ativismo, igualmente perigoso, julgando de acordo com suas convicções pessoais, sem qualquer compromisso com o direito vigente.

De outro lado, o constitucionalismo e a própria democracia contribuem para a judicialização da política, fazendo do Poder Judiciário o principal órgão para a realização dos anseios democráticos da população, o que, aliado ao crescimento da complexidade das relações sociais e ao reconhecimento de direitos pelos afetados, abarrotam o Judiciário de demandas, tornando a justiça lenta e ineficaz.

Ademais, a questão da repetição de causas idênticas, também afeta a Corte Constitucional que se vê diante de inúmeras ações e de um aparato jurisdicional lento e formal, impedindo a agilização da solução eficaz dos conflitos.

É neste contexto que são conferidos efeitos vinculantes às decisões judiciais e às súmulas vinculantes, objetivando diminuir o acúmulo de processos na Corte Suprema e com isso, atender a regra constitucional da razoável duração do processo, prevista como direito fundamental desde a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Acerca da diferença entre os efeitos vinculantes e *erga omnes*, a orientação que tem prevalecido é a de que, enquanto os efeitos vinculantes referem-se à parte dispositiva da decisão, os efeitos *erga omnes* tratam, não apenas da parte dispositiva, mas também dos fundamentos ou motivos determinantes.

Assim, não só o comando jurisdicional, mas toda a fundamentação usada para decidir vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e também as administrações públicas Federal, Estadual e Municipal, conforme dispõe o artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

Para garantir a eficácia dos efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foi previsto o instrumento da Reclamação para o próprio

Supremo Tribunal Federal, nos termos previstos nos artigos 105, I, e § 3º e 103-A, da Constituição Federal.

Assim, as Reclamações, que não impedem a utilização de outros meios judiciais ou administrativos previstos em nosso direito, agravam o próprio problema que pretendem resolver, pois abarrotam o Supremo Tribunal Federal com questões que não passam, nem mesmo, pelo filtro que exclui as questões exclusivamente fáticas.

Neste sentido, uma enorme quantidade de demandas judiciais é encaminhada para a cúpula do Judiciário, e o que é pior, para discutir, através das Reclamações, se a situação fática prevista naquele caso concreto equipara-se à da decisão vinculante e, portanto, se a ela se aplica, ou seja, para discussão de questões fáticas e não jurídicas.

Como afirma Willian Santos Ferreira (2005, p. 807), isso determina que o Supremo Tribunal Federal tenha que reexaminar, a partir da análise dessas Reclamações, a situação individual, o que é justamente o que os efeitos vinculantes se propõem a evitar, dando preferência a soluções coletivas, no intuito de impedir demandas múltiplas.

Deste modo, o Poder Judiciário vem enfrentando um grave problema, sem saber o seu verdadeiro papel no Estado Democrático de Direito vivencia uma crise de identidade, apresentando-se para a sociedade, ora com uma postura passiva, como no Mandado de Injunção nº 107, publicado no DJ de 21/09/1990, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, ora com uma postura ativa, como na própria abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Examina-se assim, duas importantes teorias constitucionais a respeito do conteúdo da democracia, segundo José de Sousa e Brito (1995, p. 39/42): a Teoria Tradicional da Jurisdição Constitucional como Limitação do Princípio Democrático e a Nova Teoria do Fundamento Democrático da Jurisdição Constitucional.

De acordo com a primeira teoria, o Poder Legislativo é a dimensão essencial da democracia e a jurisdição constitucional o seu limite. Os críticos dizem que ela não

faz a distinção entre o princípio democrático e o majoritário. A segunda teoria, por sua vez, entende que a democracia não se restringe ao princípio majoritário, sendo, porém, bem mais exigente.

A partir das teorias referenciadas, questiona-se sobre os meios apropriados de construção de um Tribunal Constitucional que ofereça, ao mesmo tempo, segurança jurídica e legitimidade. A questão da legitimidade é bastante relevante em um país em que o Poder Judiciário, embora não eleito pelo voto popular, pode invalidar atos do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos representantes do povo.

As duas teorias referenciadas mostram apenas parte do problema, podendo cada uma delas ser subdividida em várias outras que vão tentar solucionar a relação entre ativismo judicial ou falta dele, mas, uma coisa é certa, não se pode admitir que o Judiciário extrapole suas funções jurisdicionais de aplicar o direito, mediante a análise de casos concretos e dos argumentos dos afetados pela decisão.

Aceitar que as decisões judiciais proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade sejam equiparadas pelo Supremo Tribunal Federal à estrutura geral e abstrata dos enunciados jurídicos, torna a medida inconstitucional, e pior, inútil, diante dos objetivos para os quais o controle difuso fora criado, dentre os quais, menciona-se a possibilidade de que todos os órgãos do Poder Judiciário, e não só a sua cúpula, possam ser intérpretes da Constituição, aproximando direito e caso concreto.

Assim, ao interpretar as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade de modo desvinculado dos casos concretos subjacentes e dos argumentos das partes, o Poder Judiciário parte de um pressuposto equivocado: a possibilidade de interpretação semântica do direito, sem qualquer relação com a situação fática examinada.

Ocorre que não é possível criar a norma jurídica desvinculada do caso concreto apreciado. Portanto, cabe ao Poder Judiciário, tão somente, realizar os juízos de aplicação, a partir da análise da situação fática explicitada, ou seja, do caso concreto. Do contrário, a separação entre fato e direito desencadeará a crise de

identidade, que desrespeitando as determinações constitucionais, vem afetando o Poder Judiciário.

Caso as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade deixem de levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e os argumentos das partes envolvidas, o referido instrumento transformar-se-á em análises de teses pelo Supremo Tribunal Federal, perdendo-se importante instrumento constitucional, apto a realizar a aproximação entre a sociedade e a Constituição Federal.

Mesmo porque, cabe salientar, que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, torna desnecessária a iniciativa de qualquer dos legitimados previstos constitucionalmente para a realização do controle concentrado de constitucionalidade. Do mesmo modo, o fenômeno não exige o cumprimento dos requisitos previstos para a criação das súmulas vinculantes, que poderão ser supridos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Lenio Luiz Streck, em entrevista ao site Consultor Jurídico, em 15 de março de 2009⁸, assim dispõe sobre a interpretação das súmulas vinculantes:

A Súmula Vinculante não é boa nem má. É um componente importantíssimo para preservar a integridade e a coerência do Direito, além de colocar o selo jurídico em conquistas da sociedade. Mas, será um problema sempre que a comunidade jurídica pretender aplicá-la sem o contexto e sem a fundamentação. O advento da Súmula Vinculante não significou a morte dos casos concretos. Não matou a hermenêutica por uma razão singela: nenhuma norma jurídica (e a Súmula Vinculante é uma norma) consegue abarcar todas as futuras hipóteses de aplicação.

Nestes termos, pode-se afirmar que não cabe ao Poder Judiciário invadir a competência do Poder Legislativo e, através das súmulas vinculantes e das decisões

⁸ Entrevista com Lenio Streck, Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15 de março de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 26 de outubro de 2009.

proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, adentrar no processo de criação de enunciados jurídicos. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, as funções de aplicar e fundamentar o direito devem ser exercidos por poderes diferentes.

2.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO DA ABSTRATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DE SEUS ARGUMENTOS

Visando à garantia da razoável duração do processo, inicia-se uma nova realidade processual, em que se busca a redução do procedimento para torná-lo mais célere. Assim, no contexto das reformas processuais e objetivando a vinculação aos precedentes jurisprudenciais, procura-se redefinir o papel do Supremo Tribunal Federal, com o fim de racionalizar a atividade jurisdicional do órgão de cúpula do Poder Judiciário, excluindo de sua competência o papel de instância meramente revisora de julgados.

Surge como novo requisito para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais, nos termos previstos no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tendo sido regulamentado pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

Pretendeu-se com o referido requisito, evitar que questões debatidas em lides meramente intersubjetivas e com efeitos apenas *inter partes*, fossem resolvidas por instância extraordinária, ou seja, pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que tem a sua devolutividade restrita a questões jurídicas.

Trata-se, pois, de importante ferramenta para selecionar as causas que podem chegar, em grau de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, muito embora, conforme afirma Eduardo Appio (2009, p. 116), os critérios definidos em lei

sejam amplos o suficiente para conferir elevado grau de discricionariedade de admissão ao sistema recursal perante o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o dispositivo constitucional que trata da repercussão geral passa a ser interpretado pela jurisprudência e doutrina como a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário, instrumento próprio do controle difuso de constitucionalidade.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, ressaltando a necessária transformação do órgão de cúpula do Judiciário em Corte Constitucional, assim se manifestou, conforme notícia veiculada no Informativo nº 557 (2009), sobre o julgamento do Agravo de Instrumento nº 760358/SE:

Aduziu que se admitir o agravo de instrumento nessas situações e retomar-se a remessa individual de processos ao STF significaria confrontar a lógica do sistema e restabelecer o modelo de análise casuística, quando toda a reforma processual fora concebida de modo a permitir que o Supremo se debruçasse uma única vez sobre cada questão constitucional [...] Ressaltando ter havido uma opção política na reforma constitucional, considerou ser imperativo que o STF assumira a função de Corte de perfil constitucional e abandone a de Corte de revisão [...] Assentando ser consentânea com o novo modelo a possibilidade de se aplicar o decidido quanto a uma questão constitucional a todos os múltiplos casos em que a mesma questão se apresente como determinante do destino da demanda, ainda que revestida de circunstâncias acidentais diversas.

Essa postura do Judiciário tem como exemplo o HC 82959-SP, que se refere à progressão de regimes aos condenados por crimes hediondos. No referido julgamento, em que a questão constitucional foi alegada como causa de pedir, e, portanto, incidentalmente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, artigo 2º, da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regimes aos condenados por crimes hediondos.

Com fundamento nesta decisão, foi interposta a Reclamação 4335/AC, uma vez que, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenado à pena de reclusão em regime integralmente fechado, sob a alegação de que a decisão proferida pelo Supremo teria ocorrido em sede de controle difuso e, portanto, com efeitos, apenas *inter partes*.

Duas teses então se formaram no Supremo Tribunal Federal. A primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes e acompanhada pelo Ministro Eros Grau, entendendo ser cabível a Reclamação, sob o argumento de inevitável necessidade de reinterpretação dos institutos do controle difuso de constitucionalidade, concluindo que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade. Para essa corrente, teria ocorrido uma mutação constitucional na interpretação da norma extraída do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Em divergência, os Ministros Sepúlveda Pertences e Joaquim Barbosa entenderam não ser cabível a reclamação. Segundo eles, não seria possível reduzir o papel do Senado a um ato de mera publicidade. No entanto, conforme aduziram, o mecanismo do controle difuso de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem se tornado cada vez mais obsoleto. Mas, conforme afirmaram, combatê-lo, por meio do que chamaram de projeto de decreto de mutação constitucional, não seria mais necessário.

Isso porque, segundo afirmam, a Emenda Constitucional nº 45/2004 conferira tal poder ao Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de suas decisões. Tal posicionamento afasta a tese de mutação constitucional, eis que, esta é a atribuição de uma nova norma ao mesmo texto constitucional e, segundo os ministros, teria simplesmente ocorrido a substituição de um texto por outro texto, construído pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Alguns doutrinadores, tais como Fredie Didier Junior (2008, p. 271) e Luiz Guilherme Marinoni (2010) justificam a conduta do órgão de cúpula do Judiciário, afirmando que as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação. Segundo eles, extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Deste modo, da solução de um caso concreto particular extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada.

Defendem, assim, a possibilidade de o controle difuso de constitucionalidade transformar-se em controle abstrato. Isso porque, conforme aduzem, embora os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso sejam eficazes apenas

inter partes, admite-se que possa o tribunal adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 273).

Trata-se de fenômeno denominado de objetivação do Recurso Extraordinário, em que o mencionado recurso, tradicionalmente instrumento do controle difuso de constitucionalidade das leis, passa a servir também ao controle concentrado de constitucionalidade.

De acordo com o ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 274), defensor desta tese, ambos os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, ou seja, o difuso e o concentrado poderiam ter seus efeitos equiparados. Neste sentido, afirma:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Isso significa afirmar que, uma decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, com efeitos restritos às partes processuais, possa valer com efeitos *erga omnes* e vinculantes, obrigando o Poder Judiciário a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades.

De acordo com este entendimento, (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 269), a norma jurídica contida na fundamentação do julgado, que compõe o que se chama de *ratio decidendi* é uma norma jurídica criada diante do caso concreto, mas que não será uma norma individual que regule apenas um caso, mas sim, uma regra que pode ser invocada como precedente judicial e com efeitos gerais.

Assim, embora a norma jurídica seja criada apenas mediante a análise do caso concreto, poderia a fundamentação do julgado ser estendida *erga omnes* e invocada como precedente.

Trata-se, de acordo com Gilmar Mendes (2008, p. 273), de um novo modo de enxergar o recurso extraordinário, e, por consequência, o controle difuso de

constitucionalidade, não como modo de resolver litígios entre fulano ou beltrano, mas sim, com a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Neste sentido, afirma:

O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art.97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado [...]

Também neste sentido afirma Wagner Amorim Madoz (2005, p. 76), segundo o qual, a concepção subjetivista da jurisdição do Supremo Tribunal Federal não se mostra sequer viável:

O fato inegável, penso, é que a concepção subjetivista, e um exercício individualizado da jurisdição do STF no âmbito do recurso extraordinário, não se mostra sequer viável. A atual situação da Corte mostra isto de um modo constrangedor. Admitindo-se que todas as normas constitucionais possuem pretensão de eficácia e que, entre essas, as normas de competência do Supremo assumem uma função instrumental para a concretização de toda a ordem constitucional, não me parecem aceitáveis quaisquer interpretações dos instrumentos constitucionais de acesso à Corte que permitam debilitar sua atuação eficiente. A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. Tal perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2010, p.30), isto é próprio de um sistema em que, mesmo as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, assumem a natureza e a função de precedentes constitucionais, com força vinculante, independentemente, de suas repercussões nos casos concretos que os oportunizam. Neste sentido afirma:

De outro lado, é conveniente ressaltar, desde já, que não é apenas a decisão de constitucionalidade que se sujeita às chamadas novas circunstâncias, mas também a decisão que, proferida em recurso extraordinário, reconhece a inconstitucionalidade de norma. A norma, no caso, não é retirada do ordenamento jurídico, embora os motivos determinantes da decisão fiquem acobertados pela eficácia vinculante, atingindo todos os outros órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, investiga-se se o Supremo Tribunal Federal poderia conceder efeitos *erga omnes* e vinculantes a uma questão decidida em sede de controle difuso de constitucionalidade e, que, portanto, teriam efeitos apenas entre as partes do processo, utilizando-se dos argumentos mencionados.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que se uma decisão for evocada como precedente judicial, não é possível dela extrair uma norma geral e abstrata para valer contra todos e com efeitos vinculantes, sendo cabível, tão somente, examinar, a partir da análise do caso concreto precedente, com todas as suas especificidades, o que inclui os argumentos das partes, se este pode ser utilizado também como solução para o novo caso em exame.

Não há, contudo, uma extensão da fundamentação do julgado para valer contra todos e com efeitos vinculantes, como se fosse um comando geral e abstrato, desvinculado do caso concreto apreciado, sob a justificativa de vinculação aos precedentes judiciais.

Os precedentes não produzem efeitos imediatos. Seu caráter vinculativo deve ser discursivamente demonstrado na fundamentação da decisão, o que implica a análise de ambos os casos e argumentos levantados pelas partes, ou seja, tanto do precedente quanto daquele em que se pretende aplicá-lo.

É preciso, assim, resgatar a legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente, as que transformam em comandos gerais e abstratos as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Isso porque, a legitimidade é um plus em relação à compatibilidade da norma com o texto constitucional, pois reflete um relacionamento racional entre o comando emitido

e um referencial de aceitação com o consenso da coletividade (GARCIA, 2008, p. 198).

CAPÍTULO 3 - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 A AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ABSTRATO DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A DESLEGITIMAÇÃO DO MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL

Uma vez explicitado o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, inserido no âmbito da tendência à centralização da jurisdição constitucional na cúpula do Poder Judiciário, passa-se a examinar os problemas dele decorrentes, dentre os quais se menciona: o enfraquecimento do controle difuso e o afastamento do cidadão da interpretação constitucional, firmando-se o Supremo Tribunal Federal como seu único intérprete; a confusão entre o papel de justificação e aplicação do direito, que ofende o princípio da separação de poderes e, por fim, a lesão a direitos fundamentais de ordem processual constitucional, assim como a não concretização de outros direitos fundamentais.

3.1.1 O enfraquecimento do controle difuso e o afastamento dos cidadãos da interpretação constitucional

O controle difuso de constitucionalidade já existia no Brasil, desde a primeira Constituição da República, quando surge, já no século XX, o controle concentrado de constitucionalidade, conforme previsão da Emenda Constitucional nº 16/65.

Desde então, ambos os controles passaram a coexistir, adotando-se no país o sistema misto de controle de constitucionalidade. Tem, assim, o controle difuso, o objetivo de analisar as questões constitucionais de maneira incidental, sendo julgado por qualquer juiz ou tribunal e o controle concentrado visa o exame da questão constitucional em tese, sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Atuando de modo complementar, cada um dos modelos de controle de constitucionalidade passa a ter um papel definido: o controle concentrado, por atingir a lei em tese e por ser examinado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem como função precípua zelar pela integridade do sistema jurídico, permitindo a uniformização das decisões jurisprudenciais. Já o controle difuso de constitucionalidade, por incidir sobre uma situação concreta, tem por finalidade salvaguardar os direitos fundamentais expostos no texto constitucional (AGRA, 2008, p.224 e225).

Ambos têm, contudo, como finalidade comum, a garantia da compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal, assegurando-se a sua força normativa.

A convivência pacífica entre os dois modelos de controle de constitucionalidade permite a subsistência de um sistema harmônico, uma vez que, se, de um lado o controle difuso pode gerar decisões divergentes, também ele assegura aos cidadãos a efetivação de direitos fundamentais, ao apreciar os argumentos das partes processuais e o exame do caso concreto. Já o controle concentrado de constitucionalidade, embora não examine o caso concreto e os argumentos das partes processuais, contribui para a uniformização da jurisprudência, ao julgar em tese a questão constitucional.

Neste sentido, afirma Walber de Moura Agra (2008, p. 225/226):

Não obstante, não pode ser negado que o controle difuso pode provocar decisões divergentes, algumas vezes contraditórias, se não houver instrumentos para sua unificação. Por outro lado, a principal crítica que se faz, com relação ao controle abstrato de controle de constitucionalidade, é que ele veda a postulação por parte dos cidadãos na defesa de seus direitos e concentra as decisões nas mãos dos ministros do STF, retirando

da sociedade a possibilidade de discutir assuntos que não são apenas jurídicos, mas que produzem grandes conseqüências no cotidiano. Como vantagem pode ser mencionado o fato que ele retira a norma eivada de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico, com eficácia *erga omnes* e com efeitos vinculantes.

Deste modo, em nosso sistema, conjuga-se, tanto a possibilidade de decisões uniformes, quanto de decisões que levem em consideração a discussão do ato normativo frente às especificidades do caso concreto e dos argumentos das partes diretamente interessadas.

Assim, o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro não pode ser visto como uma fragilidade do sistema, mas, muito pelo contrário, configura-se como uma vantagem, desde é claro, que os modelos que o compõem realizem-se de maneira sincrônica, sem justaposições ou cerceamentos. (AGRA, 2008, p. 226).

Ocorre que a sincronia pretendida pelo jurista referenciado vem deixando de existir. Isso porque, há uma forte tendência de predominância do controle concentrado de constitucionalidade em relação ao difuso, o que decorre, inclusive, de recentes alterações legislativas.

Com fundamento na celeridade processual, na razoável duração do processo e na segurança jurídica são impostas alterações no controle difuso de constitucionalidade que acabam tornando este instrumento idêntico ao controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, em que são atribuídos pelo Supremo Tribunal Federal, efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ressalta-se, contudo, que os problemas vivenciados pelo Poder Judiciário, em uma sociedade plural e heterogênea como a nossa, não podem, simplesmente, serem solucionados pela adoção de uma decisão única e vinculante do órgão de cúpula do Judiciário. Isso seria insuficiente para proporcionar segurança jurídica à sociedade. Mesmo porque, não é possível falar em casos idênticos, criando-se parâmetros interpretativos únicos, quando cada caso concreto é único e irrepetível.

Pensar de maneira diversa seria admitir uma capacidade sobre-humana do Supremo Tribunal Federal em apurar, previamente, todas as possibilidades interpretativas de um comando geral e abstrato, diante dos mais variados casos concretos de aplicação e argumentos das partes processuais.

Como bem resumiu Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2003), esta é uma leitura do Estado do Bem Estar Social, que compreendeu o Poder Judiciário, a democracia e a própria Constituição Federal, como se tudo pudesse ser tematizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo assim, a doutrina e a jurisprudência vêm tentando demonstrar que o controle concentrado de constitucionalidade é uma espécie de evolução do controle difuso, cabendo a sua superação, principalmente, porque, conforme aduzem, haveria no controle difuso de constitucionalidade uma grande dose de insegurança jurídica inexistente no controle concentrado. (MENDES, 1998).

Gilmar Ferreira Mendes (1998, p.260) é um grande defensor desta tese, como se pode constatar pela afirmação a seguir:

Pelo exposto, constata-se a tendência – ainda que fragmentária – a adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos: desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do artigo 52 da Constituição Federal), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte.

Ocorre que, não obstante a concentração do controle de constitucionalidade na cúpula do Judiciário possa gerar ganhos efetivos em termos de racionalidade e administração da justiça, ela também acarreta um grande retrocesso em relação às vitórias obtidas pela doutrina do direito constitucional, com as mudanças do paradigma filosófico-linguístico, experimentadas pela sociedade que deram ensejo a mudanças profundas no próprio entendimento do direito e da relação entre legalidade e legitimidade. (CONTINENTINO, 2008, p. 403).

Ressalta-se, desde já, que não se pretende no presente trabalho defender a predominância do controle difuso de constitucionalidade sobre o controle

concentrado, mas, tão somente, demonstrar a importância do controle difuso para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

É possível distinguir duas tradições e compreensões em torno do controle judicial: uma defensora da supremacia judicial que atribui ao Poder Judiciário a última palavra em matéria de interpretação constitucional e a outra que abre a Constituição Federal para outros atores políticos, retirando-se do Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, qualquer competência privativa e excludente na tarefa de interpretar a Constituição Federal. (CONTINENTINO, 2008, p.394).

Ao extinguir ou minimizar o controle difuso de constitucionalidade, por intermédio do fenômeno da abstrativização, o Supremo Tribunal Federal acaba com um importante instrumento da democracia, na medida em que, permite a exclusão do cidadão do processo de interpretação constitucional, compreendendo-se como seu único intérprete, o que contribui para a supremacia judicial e não para a supremacia constitucional.

Neste sentido, pode-se afirmar que, o controle difuso de constitucionalidade é muito mais do que um modelo de controle de constitucionalidade adotado no país, sendo parte integrante e essencial do mesmo, sem o qual, o cidadão é excluído da interpretação constitucional, não somente por não possuir legitimidade para interpor as ações diretas de (in) constitucionalidade, mas também por não ter seus argumentos apreciados e por não ter considerado o caso concreto em que ocorreu a lesão a seus direitos fundamentais.

Desconsiderar o controle difuso de constitucionalidade como um instrumento da democracia, permite estabelecer um verdadeiro hiato entre o Poder Judiciário e os cidadãos e entre o direito e a situação fática subjacente, o que não pode ser saneado, nem mesmo, pela inclusão de terceiros no controle concentrado de constitucionalidade.

Inocência Mártires Coelho (1998, p. 126) afirma que a legitimidade do controle de constitucionalidade pode ser trazida através de mecanismos que permitem a intervenção de terceiros no controle abstrato de constitucionalidade:

Nesse contexto, o que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais lembrar que no âmbito da jurisdição constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo ignorarem a sua existência, poderão considerar-se politicamente não alcançados pelos efeitos da coisa julgada e, por via de consequência, autorizados a ignorar a força normativa da Constituição.

Para o referido autor, a ampliação dos tradutores constitucionais autorizados, ao mesmo tempo, que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos. (COELHO, 1998, p.127).

Ressalta-se, contudo, que não basta que os cidadãos possam simplesmente participar como terceiros no procedimento do controle concentrado de constitucionalidade, influenciando as decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito é necessário incluir os cidadãos no processo de interpretação constitucional, não sendo, pois, suficiente que este atue como *amicus curiae*, capaz, tão somente, de influenciar as decisões dos intérpretes oficiais.

Coloca-se, pois, os participantes do processo da interpretação constitucional de uma sociedade fechada de intérpretes para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta. Cabe, assim, propor, nos termos da Teoria de Peter Häberle (1999, p. 12/131), uma interpretação constitucional em que estejam potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixo, *numerus clausus*, de intérpretes da Constituição.

O cidadão é, assim, parte do processo de interpretação constitucional, sendo imprescindível à manutenção do sistema do controle difuso de constitucionalidade, em que são levados em consideração os argumentos das partes processuais e o caso concreto subjacente.

Não se pode negar que o controle difuso de constitucionalidade permite um melhor debate das questões constitucionais pelos cidadãos e, do modo como o nosso sistema de controle de constitucionalidade fora organizado, este tipo de controle não pode ser excluído, sob pena de gerar um grande prejuízo à democracia, além de um déficit de legitimidade.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2003, p. 194) sustenta que no direito brasileiro o controle por via incidental deve ser compreendido como o modo ordinário, assim como o controle por via principal deve ser compreendido como um modo especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não somente por razões históricas, jurisprudencialmente assentadas, mas em razão da sistemática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo no quadro da Constituição da República. Tal compreensão, conforme afirma, é a única que possibilita uma visão não excludente ou incompatível dos dois modos de controle.

Também neste sentido, afirma Marcelo Casseb Continentino (2008, p. 405):

O controle difuso deve ser compreendido como forma ordinária da jurisdição constitucional, enquanto o concentrado, modo especial. Isso porque o controle difuso, ao garantir os direitos fundamentais em casos concretos, reafirma as condições de exercício das autonomias pública e privada, ao permitir a cada cidadão expor sua leitura da Constituição, a partir de seus respectivos mundos de vida. Já o concentrado deve ser compreendido como modo especial de jurisdição constitucional, em face de sua configuração própria que muito o aproxima da atividade de natureza legislativa. Ademais, a história constitucional brasileira pautou-se pela prática judicial mais que centenária do controle difuso. Mudar a história, o passado e a tradição é plenamente possível, mas a evolução deve ser reflexivamente conduzida, a fim de se evitar a colonização e deslegitimação do discurso da jurisdição constitucional.

Entender de modo contrário seria admitir que aqueles que têm a iniciativa de interpor uma determinada ação judicial e que depois tenham seus comandos estendidos *erga omnes* e com efeitos vinculantes por intermédio da abstrativização do controle difuso, possuam mais direitos de terem os seus argumentos analisados e de terem apreciado o caso concreto em que ocorreu a lesão a seus direitos fundamentais, do que aqueles que interpuseram ações posteriores.

A abstrativização do controle difuso cria, assim, um déficit de legitimidade no controle de constitucionalidade, o que traz grandes prejuízos para a democracia em um Estado Democrático de Direito, que não pode existir sem a participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão.

O medo da abertura da interpretação constitucional e o argumento de que a exegese constitucional poderia dissolver-se em um grande número de interpretações e de intérpretes, instaurando-se uma verdadeira babel hermenêutica que, inevitavelmente, comprometeria a unidade e a força normativa da Constituição, como lembra Inocêncio Mártires Coelho (1998, p. 129), não pode impedir a manutenção do controle difuso de constitucionalidade como um meio democrático de realização do controle de constitucionalidade.

Mesmo porque, democracia desenvolve-se mediante controvérsias e não a partir de homogeneidades, supostamente sacramentadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Ademais, não é o Poder Judiciário quem deve impor os valores a uma sociedade, mas os próprios cidadãos.

Ingeborg Maus (2000, p. 185), utilizando-se da expressão sociedade órfã, ratifica o infantilismo dos sujeitos, que transforma o indivíduo e a coletividade em meros objetos administrados e que são facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.

Segundo a autora, 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, que deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos de fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental, a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. (MAUS, 2000, p. 192).

Em uma sociedade pluralista como a nossa, as diversas decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade expressam os anseios de uma comunidade composta por cidadãos com desejos e anseios diversos, não mais se sustentando a ideia de que deve haver a predominância dos valores das majorias sobre as minorias.

Como afirma Peter Häberle (1997, p. 36/37), a democracia necessita de alternativas, sobre necessidades da realidade e sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe dirigente.

Segundo o referido autor, povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão (HÄBERLE, 1997, p. 36/37).

Neste sentido, afirma o autor (HÄBERLE, 1997, p. 38/40):

[...] Existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e 'eruptivo' a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (Bürgerdemokratie) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos 'sobre' e 'sob' as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sempre submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta déficit em relação ao modelo ideal). Teoria da Democracia e Teoria da Interpretação tornam-se conseqüência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato.

O cidadão torna-se, assim, figura essencial no controle de constitucionalidade das leis e do próprio processo de interpretação constitucional, que não pode ficar adstrito a interpretações oficiais.

Deste modo, a interpretação constitucional realizada apenas pelo Supremo Tribunal Federal não é mais possível em um Estado Democrático de Direito, que não se sustenta mais em uma falsa homogeneidade social, mas sim, na possibilidade de interpretações díspares pelos diversos atores sociais.

Neste sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2003, p. 198) afirma:

É fundamental a relação que se estabelece entre sociedade aberta de intérpretes da Constituição (Peter Häberle) e Estado Democrático de Direito. Como já avançado, sob o Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional, no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, deve voltar sua atuação para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos e, com isso, garantir as condições para a realização do processo democrático, mas sem assumir a postura de um guardião da virtude, com base em fundamentos ético-culturais ou em meramente político-pragmáticos. O controle jurisdicional de constitucionalidade não pode ser tratado como uma questão de Estado. É no contexto de uma esfera pública política de cidadãos, os quais, no exercício de seus direitos fundamentais, aprofundam o seu sentimento de Constituição e de Democracia que a jurisdição constitucional deve ser exercida.

Há que se ressaltar, que o controle difuso de constitucionalidade é um importante canal jurídico democrático, ou seja, de direito das minorias frente às maiorias, na medida em que, constrói, discursivamente, a interpretação constitucional, a partir de argumentos das partes interessadas, considerando-se as situações concretas examinadas.

Como lembra Marcelo Casseb Continentino (2008, p. 406), o controle difuso possui especial aptidão para preservar, constantemente, a crítica das normas, sem pretender de forma vinculante encerrar a discussão no seio da esfera pública, já que, a qualquer momento, cada cidadão pode lançar mão desse procedimento.

Neste sentido, é por intermédio do controle difuso de constitucionalidade, que as discussões inerentes à interpretação constitucional não se encerram e nem se tornam verdades absolutas, permanecendo em constante discussão.

A necessidade de se manter aberta as discussões acerca da interpretação constitucional é enfatizada por Michel Rosenfeld (2003, p.23), que afirma a

importância de que a identidade constitucional surja como algo complexo, fragmentado, parcial e sempre incompleto, sobretudo, segundo ele, no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, devendo ser produto de um processo dinâmico e sempre aberto a uma nova elaboração e à revisão.

Propõe-se, assim, que se assegure a supremacia constitucional e não a supremacia judicial⁹, tendo em vista que, conforme dispôs Menelick de Carvalho Netto (2008, p. 163), a autoridade encarregada de aplicar a Constituição não pode fazer o que bem quiser do texto constitucional, havendo limites que são intersubjetivamente compartilhados, sendo a cidadania viva, atuante e zelosa de seus direitos a maior garantia de qualquer Constituição.

E neste aspecto é fundamental repensar o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o que, certamente, não será corrigido, pura e simplesmente, pela sua composição, já que o problema é estrutural, na medida em que, é no mínimo questionável que, em uma República, os membros de um poder sejam nomeados vitaliciamente, ao invés de investidos por meio de eleições com prazo de exercício determinado.

Fica claro, assim, que excluir o controle difuso de constitucionalidade, ou mesmo torná-lo figura menor em nosso sistema constitucional, por intermédio da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, significa deslegitimar o próprio sistema de controle de constitucionalidade do país, na medida em que, exclui os cidadãos e as minorias como partes integrantes do processo democrático.

Neste sentido, dispõe Francisco de Castilho Prates (2004, p. 547):

Ora, uma análise sucinta de tais disposições normativas revela uma tentativa sofisticada de reduzir a amplitude do controle difuso no ordenamento jurídico brasileiro, diminuindo sensivelmente a possibilidade de novas configurações da identidade do sujeito constitucional, parecendo querer mesmo imobilizar todas as discussões acerca do conteúdo da Constituição, dando ao Supremo Tribunal Federal uma proeminência discricionária impressionante em nossa história constitucional moderna, facultando ao mesmo determinar quando e, até mesmo, de que modo os conteúdos e efeitos de suas decisões passarão a valer [...]

⁹ Expressão utilizada por Marcelo Casseb Continentino (2008)

Falar em democracia significa atestar a verdadeira independência da interpretação constitucional, ou seja, assegurar que a interpretação não seja controlada nem dominada pelas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal. (CONTINENTINO, 2008, p. 393), mas sim, algo compartilhado por todos, o que inclui os cidadãos.

Destaca-se a conotação democrática desta abordagem, ao permitir a formação da identidade constitucional a partir do confronto entre o eu, *self*, e o outro, como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente (ROSENFELD, 2003, p. 29/30).

A democracia sempre será algo inconcluso, que ainda está por vir. Por isso, estagnar a Constituição Federal em interpretações homogêneas e estanques jamais solucionará os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário.

Daí que se entende, que a redução ou a eliminação do controle difuso de constitucionalidade é uma tentativa equivocada de impedir a formação de uma identidade do sujeito constitucional que abarque a pluralidade inerente a um Estado Democrático de Direito.

3.1.2 Os discursos de aplicação e justificação e o controle de constitucionalidade das leis

Examinada a primeira das consequências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito, que é o afastamento do cidadão da interpretação constitucional, passa-se a analisar o segundo problema, qual seja, a confusão entre os discursos de aplicação e justificação do direito realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao proferir comandos gerais e abstratos e com efeitos *erga omnes* e vinculantes, em sede de controle difuso de constitucionalidade, está adentrando nas funções típicas do Poder Legislativo.

Pretende-se descartar, completamente, a possibilidade de extrair-se do controle difuso de constitucionalidade decisões gerais e abstratas que possam ser

automaticamente aplicadas, sem levar em consideração o novo caso concreto discursivamente construído e as pretensões das partes processuais.

Ressalta-se, assim, a importância de se diferenciar duas das atividades estatais no paradigma do Estado Democrático de Direito: a de criação do direito e a de aplicação. A primeira é atividade legislativa de criação de enunciados jurídicos gerais e abstratos de cumprimento obrigatório que inovam o ordenamento jurídico e, a segunda, atividade jurisdicional ou administrativa, que, ao levar em consideração o caso concreto subjacente, os argumentos das partes processuais e os demais textos legais do ordenamento jurídico, constrói a norma jurídica aplicável ao caso.

A partir dessas considerações iniciais, examina-se a Teoria da Argumentação Jurídica, de Klaus Günther (2004), que diferencia os discursos de justificação do direito dos de aplicação e com eles os procedimentos e argumentos adequados a cada um.

É importante esclarecer, em primeiro lugar, que a diferença que o referido autor faz entre os juízos de aplicação e justificação não implica admitir a possibilidade de existência de uma norma jurídica desvinculada de uma referência situacional, ou seja, do caso concreto subjacente.

Isso porque, segundo Klaus Günther (2004, p. 39/40), qualquer norma caracteriza-se por ser impregnada de caso, uma vez que, por seu simples conteúdo semântico, ela já contém uma referência a situações ou ostenta sinais de descrição de uma situação. Friedrich Müller (2009), como já mencionado nas primeiras linhas deste trabalho, ao diferenciar programa normativo de âmbito normativo, chega a essa mesma conclusão.

Pode-se afirmar assim, que embora não exista norma jurídica sem a existência de uma situação concreta subjacente, sendo esta parte integrante daquela, é possível explicitar duas atividades distintas do Estado: a de criação e a de aplicação do direito, diferenciando-se cada um destes discursos, o de justificação e o de aplicação.

De acordo com Klaus Günther (2004, p. 76), os discursos são especializados em fundamentar pretensões de validade, servindo para resgatar, por meio de argumentos, a pretensão de veracidade, que se combina com o sentido ilocucionário de cada afirmativa, e a pretensão de correção, que se combina com o sentido de cada juízo normativo.

Ao diferenciar os discursos de justificação dos de aplicação, Klaus Günther (2004) conclui, que os de justificação referem-se à validade das normas, que é estabelecida a partir de um sentido universal de imparcialidade que diz respeito tanto a pessoas, quanto a procedimentos.

Já os discursos de aplicação, segundo o mesmo autor, dizem respeito a sua adequabilidade, que será aferida pelo exame detalhado das características da situação, o que inclui, tanto o caso concreto subjacente, quanto os argumentos apresentados pelas partes e demais normas jurídicas, eventualmente aplicáveis. Assim, a aplicação será total, na medida em que, realizar, coerentemente, a adequação entre todas as características e normas envolvidas (GÜNTHER, 2004).

Pode-se dizer que os discursos de justificação fundam-se na pretensão de validade de uma norma e os discursos de aplicação referem-se à verificação da adequação das regras jurídicas aos casos concretos discursivamente construídos, aos argumentos das partes processuais e às demais normas aplicáveis ao caso.

Assim, todas as regras válidas têm necessidade de conectar-se ao caso concreto e individual para verificação de adequação a estes ou a constatação de que, embora válidas, devam ceder lugar a outras regras.

Neste sentido, Marcelo Andrade Cattoni (2004, p. 64):

[...] todas as normas válidas são, de início, indeterminadas em sua referência e têm necessidade de conexões relacionais adicionais no caso concreto individual – o que vale não só para os princípios e direitos constitucionais estruturantes do sistema jurídico. Elas são aplicáveis *prima facie*, no sentido de que devemos ingressar em um discurso de aplicação para comprovar se encontrarão aplicação em uma situação não prevista

pelo processo de justificação ou se, embora válidas, devem ceder a outras, essas, sim, adequadas.

Verifica-se, pois, a partir desta distinção, que uma norma somente fundamenta um juízo normativo que tem a pretensão de ser correto, se a norma se comprovar singularmente adequada ao caso em questão. A validade *prima facie* de uma norma, tão somente, significa que essa norma foi imparcialmente justificada. (CATTONI, 2004, p. 64).

Neste sentido, Jürgen Habermas (2003, p. 270/271):

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes.

A referida distinção pensada por Klaus Günther (2004) não é reconhecida por todos. Há quem entenda, portanto, conforme Lenio Luiz Streck (2009, p. 105), que o referido teórico estaria equivocado ao reconhecer a distinção entre os discursos de aplicação e justificação. Isso porque, segundo ele, se o próprio autor reconhece corretamente que não há norma que não contenha referência situacional alguma, então, seria incorreto defender a compartimentalização entre legislação e decisão, a partir da dicotomia entre os discursos de fundamentação e aplicação, como se fossem mundos distintos.

Discordando de Lenio Luiz Streck (2009), entende-se que o fato de não existir norma desvinculada do caso concreto, como de fato não existe, não pode afastar a possibilidade de serem diferenciados os juízos de justificação ou fundamentação dos de aplicação, uma vez que, aqueles se referem à criação de enunciados jurídicos e estes da norma jurídica, a partir do exame de adequabilidade de um enunciado jurídico ao caso concreto discursivamente construído.

Como se pode verificar, a teoria de Klaus Günther (2004) não exclui, necessariamente, como pretende Lenio Luiz Streck (2009), a Teoria Estruturante da

Norma, de Friedrich Müller (2009). Feitas estas considerações iniciais, a questão que se passa a analisar diz respeito à relação existente entre os discursos de aplicação e justificação e as atividades estatais deles decorrentes no estudo do controle de constitucionalidade.

Primeiramente, afirma-se que ambos os modelos existentes no país, ou seja, tanto o modelo de controle difuso de constitucionalidade quanto o modelo concentrado, existem no plano de aplicação do direito e não da justificação ou fundamentação.

Neste sentido, dispõe Marcelo Andrade Cattoni (2003, p. 193):

No quadro traçado da jurisdição constitucional, será possível compreender o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no Brasil, tanto em via incidental quanto em via principal, como atividades processualmente institucionalizadas de aplicação do direito: o controle jurisdicional de constitucionalidade não deverá ser exercido da perspectiva de um legislador negativo ou positivo.

Lenio Luiz Streck (2009, p. 103) defende o mesmo, ao negar que o controle concentrado ocorra apenas no plano dos discursos de justificação/fundamentação, argumentando que isso seria incorrer em um raciocínio incorreto, como se fosse possível pensar o direito ou questões jurídicas sem estarem relacionadas a algo. Assim, conforme afirma, o controle concentrado jamais poderá significar um controle sobre o direito em abstrato, ou seja, sobre normas com validade universal.

Sem pretender adentrar no exame das especificidades do controle concentrado de constitucionalidade, serão discutidas as diferenças das atividades de aplicação e justificação do direito, à luz do controle difuso de constitucionalidade, para que o Poder Judiciário não se transforme, equivocadamente, em Poder Legislativo.

Assim, a primeira crítica que se faz refere-se à possibilidade de que, nos casos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, a partir de um caso concreto, em que a questão constitucional fora examinada como causa de pedir, possa impor regras gerais e abstratas, aplicáveis contra todos e com efeitos vinculantes, sem a realização de um novo juízo de aplicação deste comando.

Ressalta-se, que em se tratando de um comando proveniente de argumentos de aplicação, em que o objetivo é extrair a norma jurídica e aplicá-la ao caso concreto examinado, não deve haver uma pretensão de validade própria da atividade de justificação do direito, mas, tão somente, a oportunidade de se examinar se aquele comando é adequado ao caso concreto apreciado.

A confusão tem sido realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao controle difuso de constitucionalidade, já que, nestes casos, estaria ele realizando um juízo de justificação do direito, em que são verificadas as pretensões de validade de um comando geral e abstrato.

Nestes termos, afirma Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2003, p. 209):

Cabe concluir, enfim, com a seguinte advertência: se do ponto de vista da reconstrução teórico-histórico e sociológica se pode dizer que a jurisdição constitucional, no marco do paradigma do Estado Social, tenha agido como legislador concorrente ou ao menos subsidiário, tal compreensão não é correta, quer do ponto de vista teórico-filosófico adequado ao paradigma dogmático adequado ao Direito Constitucional brasileiro.

Segundo o autor, o exercício da jurisdição constitucional, com destaque para a concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, não deve assumir, sob o risco de afetar a democracia, o pluralismo e os direitos fundamentais, do ponto de vista argumentativo da aplicação jurídica, no Estado Democrático de Direito, uma posição de Poder Legislativo, concorrente ou subsidiário e, muito menos, de poder constituinte permanente (CATTONI, 2003, p. 209).

Pode-se dizer que os comandos decorrentes da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade devem partir da análise do caso concreto em que fora extraído, dos argumentos das partes processuais e ainda, do novo caso concreto analisado.

Neste sentido, Jürgen Habermas (2003, p.323-324):

Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se deixam normatizar processualmente, porém eles subjazem ao controle de racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo o caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada a aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas, por isso, a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação.

O Poder Judiciário não pode legitimar-se pelo direito que ele mesmo cria, sendo essencial, em um Estado Democrático de Direito, que as funções de criar e aplicar o direito sejam atribuídas a poderes estatais diversos. A confusão entre os juízos de aplicação e de fundamentação do direito ofende a separação de poderes, e, por consequência, a própria democracia.

Segundo Jürgen Habermas (2003, p. 324), os argumentos legitimadores a serem extraídos da Constituição são dados, preliminarmente, ao Tribunal Constitucional, na perspectiva da aplicação do direito, e não na perspectiva de um legislador.

Cabe atentar ainda, para outro tipo de problema decorrente da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: a equiparação dos argumentos de política aos de princípio, conforme diferenciação de Ronald Dworkin (2007).

De acordo com o autor, os argumentos políticos estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já, os argumentos de princípio justificam um padrão que deva ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência ou equidade de alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2007, p. 36).

Assim, ao diferenciar as questões principiológicas das questões políticas, o referido teórico limita a competência do Tribunal constitucional apenas para as primeiras. As questões de princípio são, pois, para Ronald Dworkin (2007) as que não dependem

do número daqueles que a sustentam, já as questões de política são aquelas cuja solução correta depende, essencialmente, da distribuição de preferências entre o povo (SOUSA e BRITO, 1995, p. 43).

Neste sentido, afirma José Emílio Medauar Ommati (2004, p. 160), segundo o qual, em um embate entre argumentos de princípio e argumentos de política, o juiz deve sempre utilizar argumentos de princípio. É nesse sentido que, para Ronald Dworkin (2007), os princípios são trunfos, coringas, utilizados, até mesmo, contra políticas públicas.

Observa-se, no entanto, que quando o Supremo Tribunal Federal cria um comando geral e abstrato para valer contra todos e com efeitos vinculantes, a partir de uma decisão extraída do controle difuso de constitucionalidade, deveria, ao menos, fundamentar a real necessidade de assim proceder, valendo-se de argumentos de princípio, ou seja, demonstrando que, naquele caso em especial, haveria razões jurídicas e não só políticas.

Pode-se assim concluir, que para não haver atividade indevida da cúpula do Supremo Tribunal Federal, não deve este, ao abstrativizar o controle difuso de constitucionalidade, adentrar nos discursos de justificação, próprios da atividade legislativa, mas sim, manter-se dentro do discurso de aplicação do direito, ou seja, analisar, tanto o caso concreto a partir do qual foi criado o comando, assim como as especificidades do próprio caso em exame e discursivamente construído quanto as demais normas jurídicas aplicáveis ao caso.

Ademais, deve o Supremo Tribunal Federal justificar, a partir de argumentos de princípio, a necessidade de estender, excepcionalmente, um comando contra todos e com eficácia vinculante. Se assim não proceder, estará a cúpula do Judiciário invadindo a competência do Poder Legislativo e atuando como um legislador.

3.1.2.1 A nova separação de poderes

É preciso reexaminar a separação de poderes. Isso porque, se, de um lado, aquela pensada por Aristóteles e Montesquieu não é mais compatível com o atual paradigma constitucional, de outro, não se pode afirmar que esteja superado este princípio, que é um dos corolários do Estado Democrático de Direito.

Parte-se, assim, da definição de Constituição mista, de Nuno Piçarra (1989, p.32-35), que afirma ser esta um sistema político-social, pluralmente estruturado, que torna permanente, ao longo dos tempos, o equilíbrio de forças diversas. Tal conceito, que se iniciou com Aristóteles, atende às desigualdades e diversidades existentes na sociedade, com o objetivo de evitar, na orgânica constitucional, que as classes adquiram preponderância umas sobre as outras.

Também é preciso examinar o item na perspectiva do neoconstitucionalismo, que não pode ser definido como uma corrente uniforme, tratando-se, na verdade, de uma teoria que surge no pós-Segunda Guerra Mundial, mediante a percepção de que as maiorias políticas poderiam praticar atos bárbaros em relação aos direitos fundamentais.

Mesmo assim, é possível encontrar algumas características capazes de conferir certa homogeneidade ao paradigma, dentre elas: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; a rejeição do formalismo exagerado; a constitucionalização do direito e a reaproximação entre o direito e a moral. (SARMENTO, 2009, p. 31).

A partir dele, a clássica separação de poderes, que impunha limites intransponíveis, ganha contornos mais flexíveis, ao incentivar, sob a justificativa da efetivação de direitos fundamentais, a ingerência do Poder Judiciário em atos, até então, exclusivos do Poder Legislativo, tais como, a criação de normas gerais e abstratas.

O foco que estava, até então, no Poder Legislativo passa a concentrar-se no Poder Judiciário, verdadeiro guardião da Constituição Federal e seu legítimo intérprete. Nele são depositados os anseios de uma sociedade democrática e pluralista, a partir da visão de que, só seria possível a emancipação do homem e a efetivação dos direitos fundamentais pela via judiciária.

Isso, aliada à crise do sistema representativo, faz com que o Poder Legislativo, cada vez mais tímido, dê lugar à rápida expansão do Poder Judiciário, o que pode ser constatado, inclusive, pelos julgados de sua cúpula em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso, quanto abstrato.

O Poder Judiciário, de mera boca da lei, que deveria limitar-se a subsumir diante do caso concreto a vontade do legislador, passa a ter papel fundamental na concretização da democracia. Ainda mais, porque, também nessa fase, o direito deixa de ser concebido como um sistema fechado de regras, para incluir os princípios jurídicos, exigentes de uma interpretação mais cautelosa, sobretudo por seu caráter mais indefinido, mas, ao mesmo tempo, ávidos por conferirem maior plasticidade ao sistema jurídico.

Não se nega, assim, que a separação de poderes vem sendo reformulada, sendo necessário, contudo, estabelecer novos limites que permitam uma interpretação das normas jurídicas que, ao mesmo tempo, que acompanhem a realidade fática subjacente sejam adequadas à Constituição Federal.

Mesmo assim, não se pode deixar de salientar, que ainda hoje, a separação de poderes funciona como verdadeiro *topoi* retórico, podendo provocar a adesão no discurso por seu caráter impreciso, sendo invocada nesta ou naquela direção. Exemplo, a separação de poderes foi alegada para que o Supremo Tribunal Federal não preenchesse a Injunção do mandado¹⁰ mas foi ignorada para que o Senado não precisasse exarar resolução para conceder efeitos *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade. (ADEODATO, 2009, p. 289).

É fato, contudo, que a separação de poderes não pode mais ser compreendida de modo absoluto. A idéia de um Poder Judiciário neutro e imparcial diante das questões políticas, que se limita a ser boca da lei, e que, diante da clareza dos textos legais, não precisa interpretá-las, não existe mais.

¹⁰ Mandado de Injunção nº 107, STF, Min. Relator Moreira Alves, DJ de 21/09/1990.

João Maurício Adeodato (2009, p. 284/285) afirma que três fatores interferiram diretamente na alteração da estrutura do princípio da separação de poderes. São eles: a generalidade das leis; a criação do direito pelo Poder Judiciário e a dissociação entre texto e norma.

Acerca do primeiro item citado, aduz o referido autor que só diante do caso individual e concreto a norma jurídica é criada e, assim, a generalidade é característica do texto e não da norma. A crescente complexidade social amplia a imprecisão do discurso a ponto de tornar instável a relação entre texto e norma, mediante a interpretação judicial das normas, na análise do caso concreto. (ADEODATO, 2009, p. 284).

Deste modo, investiga-se se o Poder Judiciário, sob a égide do neoconstitucionalismo e fundamento na efetivação dos direitos fundamentais, pode criar uma norma geral e abstrata conferindo-lhes efeitos *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Trata-se, na verdade, de examinar como deve ser interpretado, hoje, o princípio da separação de poderes para que seja adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nuno Piçarra (1989, p. 11) lembra que o princípio da separação dos poderes tem gerado, ao longo dos dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética.

Segundo o autor, um efetivo controle do poder pelo poder pressupõe que os centros do poder, entre os quais se há de processar a relação de recíproco controle, possuam características diferenciadoras capazes de contrapô-los ou de criar entre eles tensões. Entre o Poder Legislativo e o Poder Jurisdicional, tais características não decorrem de cada um deles representar forças político-sociais portadoras de interesses divergentes, mas, sobretudo, do fato de cada um deles exercer funções materiais e teleologicamente diferentes, entre as quais, existe uma particular tensão. (PIÇARRA, 1989, p.260).

Traz-se, assim, à colação três teorias que irão demonstrar as características evolutivas da separação de poderes. São elas: a Teoria da Única Resposta Correta; a Teoria da Moldura e a Teoria Realista. (ADEODATO, 2009, p. 285).

De acordo com a Teoria da Única Resposta Correta, o conceito de norma jurídica se identifica com o de lei. Interpretar consiste em aplicar a lei. Daí que os aplicadores do direito não o criam, mas tão somente o reconhecem. (ADEODATO, 2009, p. 286). A Teoria da Moldura, por sua vez, afirma ser o texto da lei uma moldura. De acordo com este entendimento, mediante o conflito concreto, há algumas possíveis decisões diferentes, todas igualmente adequadas. Deste modo, a metodologia permanece dedutiva, mas não é silogística e sim dialética. (ADEODATO, 2009, p. 287).

Por fim, a Teoria Realista afirma que a separação de poderes e o princípio da maioria são *topoi* retóricos que podem provocar a adesão no discurso em um ou outro sentido, a depender dos interesses a serem defendidos. Neste sentido: (ADEODATO, 2009, p. 287):

[...] Pode-se sempre invocar um *topos* nesta ou naquela direção, pode-se argumentar pela exceção à regra tópica, há *topoi* antagônicos para situações contraditórias etc. Um exemplo na jurisdição constitucional brasileira é que a separação de poderes já foi alegada para que o STF não preenchesse a injunção do mandado e foi ignorada para que o Senado não precisasse exarar resolução para conceder efeitos *erga omnes* da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, decidindo que o art. 52, X somente se aplicaria na ação incidente; vale dizer: o STF elimina a lei sozinho.

Nestes termos, para essa teoria, a interpretação do direito é um processo indutivo e não silogístico-dedutivo. A decisão não decorre, pois, da norma geral, mas o julgador decide e depois vai procurar no direito a fundamento de sua decisão.

Examinando-se as teorias referenciadas, será analisada a melhor solução, a partir de uma interpretação da separação de poderes adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, é preciso descartar duas das teorias mencionadas, para só então, partir para a melhor interpretação possível. Neste sentido, afirma-se que a separação de poderes não pode ser examinada com fundamento na Teoria da Moldura ou na Teoria Realista.

Sobre a primeira (Teoria da Moldura), ressalta-se que não há várias respostas adequadas a uma situação concreta examinada, a depender da interpretação da lei pelo Judiciário. Ademais, não há que se emoldurar o direito, limitando-o, antes do exame do caso concreto, a um rol de possíveis soluções igualmente adequadas.

Do mesmo modo, a separação de poderes não deve ser analisada sob a Teoria Realista, segundo a qual, as decisões judiciais são casuísticas e individuais, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de criação do direito e decidindo o julgador de acordo, exclusivamente, com suas convicções pessoais, para, em seguida, procurar no direito uma fundamentação que justifique sua decisão.

De fato, a tarefa do Judiciário é de criação da norma jurídica, a partir da incorporação ao texto do caso concreto examinado, mas não de criação de enunciados jurídicos, a serem aplicados de modo desvinculado do caso concreto apreciado.

De toda sorte, é importante lembrar, que a controvérsia acerca do verdadeiro papel dos poderes no Estado Democrático de Direito não pode ser considerada superada na atualidade. Isso se percebe das inúmeras contradições existentes entre as referidas teorias. Aliás, muito mais do que simples discussões teóricas, as mesmas refletem que, pensar em separação de poderes é agregar complexidade ao discurso jurídico.

O princípio da separação de poderes, ainda que esteja sendo reformulado, não pode ser banalizado, desacreditando-se em sua imprescindibilidade, para a obtenção de uma sociedade que tem seus limites harmônicos constituídos pelos próprios poderes que a integram.

Bruce Ackerman (2009), na obra que tem o mesmo título deste subitem, afirma que a separação de poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência. Segundo ele, três são as suas bases lógicas: a legitimidade, a especialização funcional e os direitos fundamentais.

Há, segundo ele, um núcleo mínimo que deve ser preservado em relação ao princípio, que para o referido autor (ACKERMAN, 2009), pode ser resumido nos seguintes itens: legitimidade, especialização funcional e os direitos fundamentais.

Deste modo, ressalta-se, a impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário no processo de criação do direito de modo desvinculado do caso concreto apreciado, função exclusiva do Poder Legislativo, que é quem tem a representatividade popular.

Entende-se, assim, a Teoria da Única Resposta Correta como um dos vetores possíveis a direcionar para um modelo ideal de Judiciário, que permita estabelecer seus limites para o exercício da atividade jurisdicional.

A Teoria da Única Resposta Correta é a que melhor explicita a separação de poderes nos termos ora propostos. Ressalva-se, contudo, que esta transcende ao conceito explicitado por João Maurício Adeodato (2009, p. 286), que assim se manifesta:

O conceito de norma jurídica é identificado com o de lei. Assim, interpretar consiste apenas em aplicar a lei ao fato e só há diferença entre aplicação e interpretação do direito quando há obscuridades sobre os fatos ou quando a lei é mal feita. O judiciário é um mal necessário. Daí que o método hermenêutico deve ser o mais literal, e a interpretação, a mais declaratória possível. Os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam o direito novo.

Acredita-se na versão de Ronald Dworkin (2007), segundo o qual, ao olhar para um caso concreto único e singular e não para os enunciados jurídicos, há uma solução adequada constitucionalmente.

Isso não significa dizer, que se acredite na existência de um julgador imparcial que realize a subsunção das leis aos casos concretos examinados e chegue a uma resposta correta. A melhor solução, sob o prisma da máxima efetividade das normas constitucionais, pode ser obtida a partir de uma interpretação do direito que analise o caso concreto.

As atividades do Poder Judiciário não devem equiparar-se as abstrações próprias das leis, mas, ao contrário, devem voltar-se ao caso concreto, não chegando propriamente a constituir um regramento de cunho geral indicativo de um direito judicial concorrente com a normatividade preexistente. (GARCIA, 2009, p. 306).

Neste mesmo sentido, afirma Nuno Piçarra (1998, p.261), referindo-se às diferentes funções exercidas pelo Poder Judiciário e Legislativo:

A validade da lei já não está em si própria mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objetivos e princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em última instância, ao legislador mas aos tribunais (nomeadamente ao tribunal constitucional), os quais justamente nessa tarefa encontram o limite de seu poder. Serão o legítimo contrapoder do legislador apenas na medida em que se confinarem no controle exclusivamente jurídico de constitucionalidade das leis. Mas já não estão, de modo algum, legitimados a erigir-se em contralegisladores ou em substitutos do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa.

Assim, uma nova realidade emerge. A separação de poderes pensada por Aristóteles e Montesquieu, de fato, não consegue mais dar conta do âmbito normativo. No entanto, o princípio, este sim permanece, redesenhado e jamais totalmente concluído, mas reconhecido o seu caráter imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

3.1.3 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a lesão a direitos e garantias fundamentais

Examina-se a terceira e última das conseqüências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade proposta na presente pesquisa, qual seja, a relação entre o fenômeno e os direitos e garantias fundamentais, o que inclui tanto a lesão a direitos fundamentais de ordem processual constitucional, dentre os quais, o livre convencimento do juiz; a ausência de hierarquia entre os tribunais; o contraditório e a ampla defesa, quanto à omissão dos tribunais constitucionais relacionadas à efetivação destes direitos.

3.1.3.1 A Lesão a direitos fundamentais de natureza processual constitucional

Investiga-se se a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ofende direitos e garantias fundamentais de natureza processual constitucional. Para tanto, faz-se imprescindível examinar a relação entre democracia e constitucionalismo, no que se refere à legitimidade da jurisdição constitucional, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Gustavo Binenbojm (2004, p. 48) afirma que o irrestrito poder da maioria pode subverter as regras jurídicas que disciplinam o seu exercício e vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos. Ademais, segundo o autor, a cristalização de determinados princípios jurídicos elevados à condição de paradigmas do direito pode acarretar uma indesejável asfixia da vontade popular. Nestes termos, o papel do constitucionalismo é o de harmonizar esses ideais até um ponto ótimo de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo este ponto a medida de sucesso de uma Constituição.

Conclui-se, assim, que, embora a relação entre constitucionalismo e democracia possa ser enxergada como uma tensão, na medida em que, de um lado, a democracia representa à soberania do povo e à regra da maioria e, de outro, o constitucionalismo representa o limite deste poder, é mais adequado tratar este relacionamento como um complemento, em que um não pode existir sem o outro.

Marcelo Andrade Cattoni (2003, p. 173), examinando a relação no âmbito da jurisdição constitucional e do ponto de vista do exercício do controle de constitucionalidade, afirma que constitucionalismo e democracia jamais concorrem entre si, uma vez que, os direitos fundamentais são garantias de institucionalização de um processo democrático.

Neste sentido, afirma o autor (CATTONI, 2003, p. 189/190):

A tarefa geral da jurisdição constitucional e, especialmente, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco da Constituição da República brasileira, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, é a de garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas. Essa tarefa densifica-se nas seguintes perspectivas: Garantia do devido processo legislativo democrático e Garantia do devido processo constitucional.

A partir da relação harmônica entre constitucionalismo e democracia, faz-se necessário que a jurisdição constitucional garanta de forma constitucionalmente adequada à participação dos possíveis afetados por cada decisão judicial, por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. (CATTONI, 2003, p. 190).

Assim, na medida em que se afirma que o Estado Democrático de Direito encontra-se atrelado às exigências do constitucionalismo, a jurisdição constitucional, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, só tem legitimidade, se conferidas garantias processuais atribuídas às partes no processo de controle de constitucionalidade das leis.

Ocorre que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade altera toda essa lógica, uma vez que, equipara o modelo difuso de controle de constitucionalidade ao modelo abstrato, conferindo poderes ao Supremo Tribunal Federal, para estender seus efeitos *erga omnes* e de forma vinculante, impedindo que sejam levados em consideração os argumentos das partes processuais e o caso

concreto subjacente, o que acaba gerando um déficit de legitimidade por ofensa às garantias de ordem processual constitucional.

Sem as garantias processuais constitucionais, o controle difuso de constitucionalidade passa a atuar de modo a desestabilizar a relação entre democracia e constitucionalismo, desrespeitando uma série de dispositivos constitucionais, dentre os quais, menciona-se o contraditório; a ampla defesa; o livre convencimento do juiz; a inexistência de hierarquia jurisdicional entre os tribunais; e por fim, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Ao tratar dos riscos que o fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade tem ocasionado para a independência dos juízes, Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2005) afirma:

No entanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passa a poder dispor a priori o conteúdo que deverão ter as sentenças dos diversos juízes espalhados pelo país, cabe realmente nos perguntarmos se ainda poderemos falar de inexistência de hierarquia entre os Tribunais, isso para não falar de 'liberdade de convencimento', e ainda, da independência do juiz enquanto agente político que possui a competência constitucional de solução de conflitos.

No mesmo sentido, afirma Marcelo Cattoni (2004, p. 205), ao dispor que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade fere, além do princípio do Estado Democrático de Direito, fixado no artigo 1º, da Constituição Federal, os seguintes dispositivos constitucionais: a aplicação imediata dos direitos fundamentais, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal e o sistema ordinário de controle jurisdicional difuso da constitucionalidade, previsto nos artigos 97 e 102, III, a, b e c, da Constituição Federal.

Há que se ressaltar, contudo, que alguns autores, como por exemplo, Eduardo Appio (2009, p. 46), acompanhando o entendimento da cúpula do Poder Judiciário, afirma não existir violação aos referidos princípios constitucionais, inclusive ao do juiz natural, pelo simples fato de que, segundo ele, não haveria interesse das partes em ver realizado o controle incidental de inconstitucionalidade em relação à matéria já decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com este entendimento, não haveria necessidade de garantia de direitos processuais constitucionais às partes, nos casos de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, uma vez, que, em tais situações, já estaria a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Ocorre que, ao contrário do que vem afirmando a referida corrente, a participação no controle difuso de constitucionalidade assegurada de forma genérica, abrindo-se a oportunidade para que terceiros interessados possam produzir suas razões, assim como a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, não sana a irregularidade, tendo em vista que, as partes processuais têm o direito fundamental de terem os seus argumentos apreciados, assim como o caso concreto subjacente à lesão.

Neste sentido, há que se exigir o respeito aos direitos processuais fundamentais das partes no exercício da jurisdição constitucional, sendo este o meio mais adequado de garantir a legitimidade das decisões jurisdicionais.

Conforme explicita Marcelo Andrade Cattoni (2004, p. 220), há muito a questão da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduz à pessoa do juiz, a sua virtude, a sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões jurisdicionais são garantias fundamentais de caráter processual, atribuídas às partes, que são, em especial, a do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV); além da necessidade de fundamentação racional das decisões (Constituição República, art. 93, IX).

Pode-se afirmar, assim, que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, ao deixar de observar as garantias processuais e os direitos fundamentais, sob qualquer argumento, seja celeridade, segurança jurídica ou necessidade de uniformização das decisões judiciais, não está contribuindo para a efetivação da Constituição Federal, e por consequência, para o Estado Democrático de Direito.

3.1.3.2 A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a omissão quanto a direitos fundamentais e a proibição do retrocesso

Opondo-se à Teoria Procedimentalista dos Direitos Fundamentais, a Teoria Substancialista entende ser necessário assegurar direitos de natureza fundamental para garantir a legitimidade da jurisdição constitucional no exercício do controle de constitucionalidade.

Afirma Walber de Moura Agra (2008, p. 487), que ao contrário das teses procedimentalistas que defendem a legitimidade construída ao longo da jurisdição constitucional com o preenchimento de alguns requisitos processuais, as teses substancialistas defendem que a jurisdição constitucional tem um sentido teleológico que é o de garantir a concretização de valores substanciais.

Segundo o autor, a principal tarefa do controle difuso de constitucionalidade, ao incidir sobre uma situação subjetiva, é a de salvaguardar os direitos fundamentais expostos no texto constitucional, portanto, assegurar à cidadania instrumentos para a defesa de seus direitos fundamentais. (AGRA, 2008, p. 224/225).

Assim, o fenômeno da abstrativização, ao reduzir ou eliminar o controle difuso de constitucionalidade, determina a existência de omissões referentes à efetivação de direitos fundamentais, que geram um déficit de legitimidade na jurisdição constitucional, implicando em um retrocesso inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido afirma Walber de Moura Agra (2008, p. 498):

Devido à proeminência dos direitos fundamentais, até mesmo países que adotam o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, como a Alemanha e a Espanha, admitem recursos constitucionais individuais, como o *verfassungsbeschwerde* e o recurso de amparo, para defender direitos fundamentais.

A partir dessas considerações e partindo-se do pressuposto de que o controle difuso de constitucionalidade contribui para a efetivação de direitos fundamentais, pode-se

concluir que este controle não pode ser reduzido ou eliminado, já que, isso fere a proibição de retrocesso relacionada aos direitos fundamentais.

Para Walber de Moura Agra (2008, p. 507), a Teoria da Densidade Suficiente do Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais, conforme ele próprio nomeia, deve ser concebida como um entrincheiramento dos direitos fundamentais, proibição de retrocesso ou ainda princípio do não retorno da concretização dos direitos fundamentais.

Segundo ele, o substrato dos direitos fundamentais não pode ser desrespeitado nem pelos legisladores e nem pelos intérpretes da Constituição. Neste sentido, afirma o autor (AGRA, 2008, 502/503):

Um direito fundamental é composto de duas partes: o seu núcleo duro e a sua zona periférica. O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar a densidade de um direito, que de maneira nenhuma pode ser desrespeitado pelas decisões judiciais, proibindo-se o seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independentemente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o direito fundamental é a zona periférica, que será concretizada consonante a conjuntura fática, mas que o STF deve estipular um desenvolvimento para que a densidade do direito possa ser aumentada.

Conforme aduz, a finalidade do núcleo duro dos direitos fundamentais não é limitar a sua concretização, mas sim, maximizar a sua eficácia (AGRA, 2008, p. 504). Neste sentido, com o objetivo de preservar a efetivação de direitos fundamentais pode-se concluir pela impossibilidade de retroceder no que se refere à concretização destes direitos.

Também neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 63), que entende o princípio da vedação do retrocesso como um dos princípios gerais de direito constitucional e de direito fundamental:

Pode-se dizer, assim, que o direito à segurança jurídica é apenas um desdobramento do direito fundamental à segurança. Dito de outro modo, o direito fundamental à segurança constitui gênero que tem como espécies não apenas o direito à segurança jurídica (respeito à coisa julgada, ao

direito adquirido e ao ato jurídico perfeito) à segurança pessoal (direito à integridade física e psíquica), à segurança social (vedação da flexibilização das leis trabalhistas) e às chamadas cláusulas pétreas (CF, art. 60, parágrafo 4), mas também um 'direito à proteção (por meio de prestações normativas e materiais) contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores de diversos direitos pessoais.

Assim, se não é possível retroceder no que se refere à efetivação de direitos fundamentais, em especial, no que tange ao núcleo mínimo de proteção, e, na medida em que, o controle difuso de constitucionalidade tem por objetivo principal a concretização de direitos fundamentais, é possível afirmar a impossibilidade de se reduzir ou eliminar o controle difuso de constitucionalidade, já que, neste caso, haveria retrocesso em relação aos direitos fundamentais, o que não se admite.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais já incorporados, não pode, simplesmente, ser eliminado, ainda que com fundamento em outros direitos fundamentais. Isso porque, as futuras gerações devem poder usufruir de iguais prerrogativas, ou, se possível, de maiores. (AGRA, 2008, p. 510).

Evita-se, assim, o perigo da redução de direitos fundamentais, que não podem ficar à mercê da Corte Constitucional, para que esta decida se estes devem ou não ser efetivados.

3.2 UMA INTERPRETAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ADEQUADA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO

Examinadas as consequências da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade para a efetivação da Constituição Federal, faz-se necessário construir uma interpretação do referido fenômeno, adequada ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista, tratar-se de realidade que não mais pode ser ignorada, sob pena de se contribuir para as consequências danosas de sua visão equivocada.

Pretende-se, pois, resgatar a legitimidade da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a partir da reconstrução de seu entendimento, que precisa coadunar-se com a sua natureza jurídica, ou seja, de texto normativo e não de interpretação constitucional de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, imposta pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Pretende-se, assim, no presente trabalho propor, que as especificidades do caso concreto e os argumentos das partes que deram origem à decisão precedente, assim como, o caso concreto e os argumentos apresentados no caso examinado, devam ser levados em consideração pelo julgador na aplicação de um comando decorrente da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Neste mesmo sentido, propõem Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula (2009), em relação à aplicação automática das súmulas vinculantes:

Após ser denunciado o risco de se adotar uma suposta *aplicação automática* das súmulas vinculantes, segundo o sentido atribuído à sua interpretação e aplicação de acordo com o positivismo jurídico, será sustentada a premissa de que elas devem ser encaradas como verdadeiros textos normativos subordinados, que dependem, para ser aplicadas, da mediação do intérprete, a partir do conjunto de normas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, devendo ser interpretadas e somente ser aplicadas *se for o caso* de serem adequadas à solução da situação concretamente reclamada, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, que os juízes e tribunais que se deparam com os comandos da abstrativização não podem, simplesmente, aplicá-los de forma automática, sem interpretá-los. Até porque, sem interpretação não é possível averiguar se aquele comando é adequado à situação examinada.

Ressalta-se, que a adequação do comando da abstrativização ao caso concreto examinado deve ser discursivamente justificada na nova decisão, o que não pode deixar de considerar todos os seus elementos.

Afirma-se que, caso não haja adequação do comando da abstrativização ao caso concreto examinado, não será o mesmo aplicado o que, de modo algum,

compromete a sua força normativa. Isso porque, nos juízos de aplicação, uma norma só é aplicável caso seja adequada à situação concreta analisada.

Segundo Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia (2005), dois são os instrumentos de que podem se valer os juízes e tribunais para fugir do vínculo dos precedentes: a afirmação de que os fatos examinados no julgado anterior são diferentes e a declaração de que a regra invocada não integra as razões de decidir.

Afastar-se disso, é admitir que o Supremo Tribunal Federal possa criar enunciados jurídicos, a partir do exame de um caso concreto, e determinar a sua aplicação automática, sem interpretação pelos destinatários das normas, o que lhe garante um poder superior, inclusive ao do legislador.

Neste sentido, afirma Bahia (2005) ao tratar da aplicação automática das súmulas vinculantes:

[...] pode uma súmula pretender, ou efetivamente, vincular aos demais juízes e tribunais do país? Haverá mesmo casos idênticos, isto é, que se amoldam tão perfeitamente à hipótese pressuposta no enunciado da Súmula que obriguem um juiz a simplesmente aplicar, sem mais, a Súmula? Se uma Súmula é um texto como o são as leis, e, portanto, geral e abstrata, isso não faria com que a mesma padecesse dos mesmos problemas que esta? Problemas no seguinte sentido: diversidade de interpretação que geral diversidade de aplicação; ou será que uma súmula vinculante é mais vinculante do que uma lei aprovada pelo Legislativo? Enfim, em que medida algo como uma súmula vinculante pode resolver (ou atenuar) a chamada crise do Judiciário?

Conclui-se, assim, pela necessidade de reconstrução da interpretação do fenômeno da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que não pode afastar-se da separação de poderes; da democracia e nem do Estado Democrático de Direito.

Afinal, segurança jurídica apenas pode significar, hoje, a garantia de que a proteção contra qualquer alegação de lesão ou ameaça a direito encontre no Poder Judiciário a resposta adequada tendo as partes a certeza de que a decisão foi tomada a partir do que elas produziram no processo (BAHIA, 2005) e, ainda, do caso concreto discursivamente reconstruído.

CONCLUSÃO

Embora não se tenha a pretensão de esgotar o tema, faz-se necessário retomar as considerações feitas ao longo deste trabalho, que, de alguma forma, anteciparam as conclusões.

Em primeiro lugar, ressalta-se a importância do exame do caso concreto pelo Poder Judiciário para a garantia da efetivação da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito. Afirma-se, assim, a necessidade de superação da dicotomia existente entre o sujeito e o objeto, a partir da relação entre o intérprete da norma e o objeto a ser interpretado.

Conclui-se, então, que os textos jurídicos não devem ser examinados de maneira semântica, ou seja, de modo desvinculado da realidade fática subjacente. Isso porque, a norma jurídica é construída no exame do caso concreto.

Propõe-se, pois, que os princípios constitucionais sejam tratados como instrumentos aptos a compatibilizar as generalizações inerentes ao texto normativo com a situação concreta subjacente, ou seja, verdadeiros elos entre os enunciados jurídicos e os casos concretos examinados. A escolha do princípio jurídico aplicável, contudo, não é uma escolha arbitrária, mas uma decisão fundada tanto na generalidade dos textos, quanto na concretude das normas.

Ademais, enfatiza-se que interpretar não é função apenas do Poder Judiciário, devendo a hermenêutica jurídica que sempre foi realizada com ênfase nos objetivos e métodos interpretativos, levar também em consideração os participantes do processo.

Conclui-se ainda, ao examinar a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, que a norma jurídica não está pronta nos textos legais, encontrando-se nestes apenas as suas formas primárias, ou seja, os enunciados jurídicos.

A norma jurídica é, pois, composta de dois elementos: o âmbito normativo e o programa normativo. O primeiro significa o contexto em que a norma está inserida e, o segundo, o seu texto. Deste modo, tanto o texto quanto a realidade fática subjacente devem ser tratados como partes integrantes da norma jurídica, que só pode ser considerada coercitiva quando construída mediante o exame de um caso concreto.

Neste sentido, a concretização do direito não pode mais ser considerada a aplicação da norma jurídica, mediante a interpretação do texto jurídico e de sua subsunção ao caso concreto examinado, mas sim, a construção da norma jurídica, a partir do exame do caso concreto.

Entende-se assim, que a identidade do sujeito constitucional, tratada por Michel Rosenfeld, como o sentimento de pertinência entre a nação e a Constituição Federal, só é viável se respeitados os direitos fundamentais das partes de terem seus argumentos examinados, assim como o caso concreto em que ocorreu a lesão.

Critica-se ainda, a concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, que vem posicionando-se como único capaz de realizar o controle de constitucionalidade das leis, estendendo suas funções para além da seara de aplicação do direito, ciente de que a concepção dos princípios jurídicos como valores foi decisiva para esta centralização.

Rejeita-se, pois, a tradicional concepção de legitimidade relacionada à autoridade que profere a decisão ou em sua capacidade de ser sustentada racionalmente, ou mesmo, em sua aceitabilidade pelo auditório a que se dirige, para construí-la a partir do pressuposto de consistência com o direito vigente, além de coerência com o caso concreto examinado e argumentos das partes interessadas.

Admite-se, portanto, que o Poder Judiciário vem enfrentando uma crise de identidade, criando comandos com eficácia contra todos e efeitos vinculantes, atribuição para a qual é questionável a sua legitimidade. A consequência disso é a lesão a direitos fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, que tem no princípio da separação de poderes um dos seus pilares.

Ressalta-se que as Reclamações agravam o próprio problema que pretendem resolver, pois, abarrotam o Supremo Tribunal Federal com questões que não passam, nem mesmo, pelo filtro que exclui as questões fáticas.

Neste contexto, critica-se a interpretação do novo requisito para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais, como uma possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso.

Destaca-se, que os precedentes judiciais não produzem efeitos imediatos, uma vez que, o seu caráter vinculativo deve ser discursivamente demonstrado na fundamentação da decisão, o que implica a análise de ambos os casos, ou seja, tanto do precedente, quanto do caso em que se pretende aplicá-lo.

Conclui-se, assim, que com fundamento na celeridade processual, na razoável duração do processo e na segurança jurídica, foram impostas alterações no controle difuso de constitucionalidade que acabaram tornando este instrumento idêntico ao controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, não obstante a concentração do controle de constitucionalidade possa gerar ganhos efetivos em termos de racionalidade e administração da justiça, certamente, também acarreta um enorme retrocesso.

Isso porque, o controle difuso de constitucionalidade é muito mais do que apenas um modelo de controle de constitucionalidade no país, sendo parte integrante e essencial do mesmo, sem o qual, o cidadão é excluído da interpretação constitucional, não somente por não possuir legitimidade para interpor as ações diretas de (in) constitucionalidade, mas também por não ter apreciado os seus argumentos e o caso concreto em que ocorreu a lesão a seus direitos fundamentais.

Afirma-se, que não basta que os cidadãos possam simplesmente participar como terceiros no procedimento do controle concentrado de constitucionalidade, influenciando as decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário, devendo partir-se

de uma interpretação constitucional de uma sociedade fechada de intérpretes, para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta.

Mesmo porque, em uma sociedade pluralista, as diversas decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade expressam os anseios de uma comunidade composta por cidadãos com desejos diversos, não mais se sustentando a predominância dos valores das majorias sobre as minorias.

Sobre a diferenciação de duas atividades estatais: a de criação do direito e a de aplicação, conclui-se que, os comandos decorrentes da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, ao contrário de transformarem o Poder Judiciário em um Poder Legislativo concorrente, devem pressupor o exame dos argumentos das partes processuais e a análise do caso concreto.

Critica-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, partindo do exame de um caso concreto, em que a questão constitucional fora examinada apenas como causa de pedir, possa impor regras gerais e abstratas aplicáveis contra todos e com efeitos vinculantes, sem a realização de um novo juízo de aplicação.

Ao abordar a separação de poderes, afirma-se que, embora venha emergindo uma nova realidade, o referido princípio mantém-se, redesenhado e jamais totalmente concluído, mas reconhecido o seu caráter imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

Conclui-se ainda que a jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, só terá legitimidade se conferidas garantias processuais atribuídas às partes.

Ademais, sendo o papel do controle difuso de constitucionalidade o de atuar como materializador de direitos fundamentais, que são pressupostos de existência de uma democracia no Estado Democrático de Direito, ao abstrativizar o controle difuso de constitucionalidade, equiparando seus efeitos ao controle concentrado, a cúpula do Judiciário estará contribuindo para as omissões referentes à efetivação a direitos fundamentais.

Tratando-se, contudo, de direitos fundamentais já incorporados, não se pode eliminá-los, ainda que com fundamento em outros direitos fundamentais. Isso porque, as futuras gerações devem poder usufruir de iguais prerrogativas ou se possível, de maiores.

Conclui-se, por fim, que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, ao enfraquecer o controle difuso, afastando a interpretação constitucional do exame do caso concreto e da participação dos cidadãos; ao lesar direitos fundamentais; e ao confundir o juízo de justificação do direito com o de aplicação, não está contribuindo para a efetivação da Constituição Federal e, por consequência, para o Estado Democrático de Direito.

Assim, quando os juízes e tribunais se deparam com os comandos da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, não podem aplicá-los, automaticamente, sem interpretá-los. Até porque, sem interpretação não é possível averiguar se aquele comando é adequado à situação examinada.

Ressalta-se, que a adequação do comando da abstrativização ao caso concreto examinado, deve ser discursivamente justificada na nova decisão, o que não pode deixar de considerar os argumentos das partes processuais em contraditório, que fazem parte da fundamentação da decisão.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de Poderes? In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** – Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009.

AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** – Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. Legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coordenadores). **Constitucionalismo: os desafios no Terceiro Milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuições a partir da Teoria Discursiva de Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica. Volume 378, mar/abr. 2005. Disponível em: <http://www.funcab.br/bau/artigos/Direito/reforma>. Acesso em 1º de setembro de 2010.

_____. **Controle Judicial Difuso de Constitucionalidade das Leis e atos Normativos**: Contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil. Dissertação de mestrado em Direito Constitucional. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

BRASIL. **Agravo de Instrumento n. 760358/SE**, rel. min. Gilmar Ferreira Mendes, 26.08.2009. Informativo n. 557. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo557.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2010.

BRASIL. **Reclamação 4335-5/AC**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em 26 de outubro de 2010.

BRASIL. **HC 82.959**, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006 e publicado no DJ de 01/09/2006.

BRASIL. **Mandado de Injunção n.107**, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, publicado no DJ de 21.09.90.

COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Rodrigo Francisco de. **Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes e a cláusula “se for o caso”**: para uma análise crítica da pretensão de “aplicação automática” das súmulas vinculantes. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). V.4, p. 211-227, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, J. Sousa. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. In: **Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional** – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra Editora, 1995.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8769>. Acesso em: 16 de outubro de 2009.

CARVALHO NETTO. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de aplicação. In: _____(Org.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2004.

_____. **Minorias e democracia no Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol.1, n. 4, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. **A Teoria Discursiva no Debate Constitucional brasileiro** (para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social). Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso: em 04 de junho de 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, v. 211, jan/mar 1998.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Entre supremacia constitucional e supremacia judicial: novos desafios do controle de constitucionalidade no Brasil. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga e TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no Terceiro Milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CHAI, Cássius Guimarães. A Constituição negada: a recusa do sentido de aquisição evolutiva e da indiferenciação funcional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Madamentos, 2004.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **A formação do juiz e três modelos de magistrado.** Themis : Revista da ESMEC, v. 4, n. 2, p. 229-241, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18543>. Acesso em: 09 de dezembro de 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.** 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIDIER Junior, Fredie. O Recurso Extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional** Salvador: Jus Podivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Willian Santos. Súmula vinculante: solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae) In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al (coord.) **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.** São Paulo: RT, 2005.

FONTELES SOARES, Ana Katarina e MENEZES ALBUQUERQUE, Paulo Antonio. **Mutação Constitucional: da natureza das normas à identidade problemática da Constituição.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF, em novembro de 2008. Disponível em: www.conpedi.com.br . Acesso em 28 de outubro de 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método - Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Vol I. São Paulo: Vozes, 2005.

GARCIA, Emerson. Direito Judicial e Teoria da Constituição. In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** – Controle de Constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____.Direito Judicial e Teoria da Constituição. In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** – Teoria da Constituição. Salvador: Podivm, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral: justificação e aplicação.** São Paulo: Landy , 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol.I, 2003.

_____.**Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol II,1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabriz Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos.** Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.

LENZA, Pedro. **A separação de poderes e o controle das omissões legislativas.** Disponível em: [www. Cartaforense.com.br/matéria.aspx?id=3316](http://www.Cartaforense.com.br/matéria.aspx?id=3316). Acesso em 23 de novembro de 2009.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Pluralismo e Democracia na Jurisdição constitucional:** uma análise crítica do processo de ampliação do sistema abstrato de controle de constitucionalidade no Brasil. Disponível em: http://www.escola.Agu.gov.br/revista/Ano_V_setembro_2005/Silvia-pluralismo.pdf. Acesso em: 2 de maio de 2010.

MADOZ, Wagner Amorim. **O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais.** Revista de Processo n. 119, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia vinculante:** a ênfase a ratio decidendi a força obrigatória dos precedentes. Revista de Processo, n.184, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade** – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo:IBDC-Celso Bastos, 1998.

_____. **O papel do Senado federal no controle de constitucionalidade**: um clássico da mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, n.179, jul./set., 2008.

_____. **Entrevista do Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes**. O valor econômico, publicado em 9 de junho de 2008. Disponível em: [www.Valor.com.br](http://www.valor.com.br). Acesso em: 20 de novembro de 2010.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/14782/14346. Acesso em: 03 de dezembro de 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2004.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Três modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. In: **Doxa**. Cuadernos de filosofia Del derecho, publicaciones periódicas n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade Constitucional e Interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2004.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003;

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional** – Teoria da Constituição. Salvador: Podivm, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (coordenadores). **Constitucionalismo: os desafios no Terceiro Milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Entrevista do Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul em 15 de março de 2009. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 26 de outubro de 2009.

_____. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, julho. 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/>. Acesso em: 06 de novembro de 2009.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TRIBE, Laurence; DORF, Michel. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.